Gewerbefreiheit und Gemeindemonopole

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerichtsassessor Fritz Dreyer
aus Berlin.

Marburg 1930.

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei Robert Kleinert, Quakenbrück

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. Oktober 1930.

Berichterstatter: Professor Dr. jur., Dr. phil. F. Genzmer.

Meinem Bruder, dem
Kriegsfreiwilligen Sanitäts-Unteroffizier
cand. med. Erich Dreyer
geb. am 30. Oktober 1892
gefallen in Frankreich am 17. Juli 1916

. . . . Wir hatten die Wahl: Feldlazarett, Sanitätskompagnie oder Front. Ich habe selbstverständlich Front gewählt. . . . . .

(Aus einem seiner Briefe im Frühjahr 1915).

Inhalt.

Literaturverzeichnis.

1. Aaron: Die Benutzungsgebühren der Gemeinden. Diss. Heidelberg 1913.

2. Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 10. Aufl. Berlin 1929.

3. Beyendorf: Die Geschichte der Reichsgewerbeordnung. Tübingen 1901.

4. Beyendorf: Das System der Reichsgewerbeordnung. Berlin 1902.

5. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 1906.

6. Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen. Berlin 1897.

7. Bornhak: Preußisches Staatsrecht. I, 1899.

8. Brauchitsch: Die neuen preußischen Verwaltungsgesetze. 21. Auflage.

9. Brauweiler: In Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (Grundrechtskommentar), Band 2, 1930, zu Art. 127.

10. Bredt: Der Geist der deutschen Reichsverfassung. Berlin 1924.

11. Brie: Gutachten in Zeitschrift für Kirchenrecht. 20, S. 291.

12. Brunner-Heymann: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1921.

13. Bühler: Die subjektivöffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Stuttgart 1914.

14. Buck: Friedhöfe und Begräbniswesen im Handbuch des kommunalen Verfassungs-Verwaltungsrechts in Preußen von Stier-Somlo. 1917, 2. Band.

15. Damaschke: Aufgaben der Gemeindepolitik. 1904.

16. Eder: Die Verfassungsmäßigkeit der kantonalen und kommunalen Monopolanstalten auf der Grundlage von Artikel 31 der schweizerischen Bundesverfassung. Diss. Heidelberg 1917.

17. Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band 1, 21. Aufl. Marburg 1923.

18. Feldbauer: Zulässigkeit polizeilicher Beschränkungen der Ausübung eines Gewerbebetriebes. Diss. Erlangen 1911.

19. Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

20. Fleiner: Einzelrecht und öffentliches Interesse. Tübingen 1908.

21. Friedrichs: Das Polizeigesetz. Berlin 1911.

21a. Genzmer, Stephan: Der Gemeindesozialismus und seine gesetzlichen Schranken im preußischen Kommunalrecht. Im Archiv für öffentliches Recht, Band 25, S. 161 ff.

22. Gierke: Im Jahrbuch für Gesetzgebung im Deutschen Reich. VII, S. 1132 ff.

23. Giese: Die Grundrechte. Tübingen 1905.

24. Goez: Die Befugnis zur Benutzung von Grabstellen auf öffentlichen Begräbnisstätten. Diss. Heidelberg 1911.

25. Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 4. Aufl., Leipzig 1924.

26. Heinrichs: Die Entwicklung des Begriffes der Gewerbefreiheit. Diss. Greifswald 1914.

27. Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921.

28. Hoffmann: Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Bei Brauchitsch, Verwaltungsgesetze. Band 5.

29. Hoffmann: Grundrechtkommentar, Band 3, 1930. Zu Artikel 151, Abs. 2 und 3.

30. Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung. Berlin 1926.

31. Jahresversammlung des preußischen Städtetages 1929 in Frankfurt a. Main. (Schriftenreihe des Deutschen Städtetages, Heft 10.)

32. Jebens: Verwaltungsrechtliche Aufsätze. Berlin 1899.

33. G. Jellinek: System der subjektivöffentlichen Rechte. 1892.

34. W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt. Tübingen 1908.

34. W. Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.

35. W. Jellinek: Verwaltungsrecht. 2. Aufl., 1929.

36. Kinne: Die Autonomie der Kommunalverbände in Preußen. Berlin 1908.

37. Korman: Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts. 2. Aufl., bearbeitet von List.

38. Korman: Artikel Oeffentliche Anstalt. In Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Auflage.

39. Köttgen: Oeffentliche Hand und öffentliches Recht. In Sammlung „Recht und Staat“, 1928.

40. Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Auflage.

41. Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. München 1917 und 1928.

42. von Laun: Das Recht zum Gewerbebetriebe. (Wiener staatsrechtliche Studien.) 1908.

42. von Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen. 1910.

42. O. Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Auflage. 1914, 1917.

43. G. Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Auflage, 1919.

44. Müller: Staats- und Gemeindebetriebe. In den Blättern für administrative Praxis, 59, S. 72.

45. Nelken: Das Gewerberecht in Preußen. Berlin 1906.

46. Neukamp: Wörterbuch der Volkswirtschaft, Band 1.

47. Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen. Berlin 1926.

48. Rehm: Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession. München 1899.

49. Rehm: Warenhausumsatzsteuer und Gewerbefreiheit. Nürnberg 1900.

49a. Richter: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt. In den Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 6. Berlin 1929.

50. Rohmer: Im Grundrechtkommentar, Bd. 1, 1929, zu Art. 111.

51. von Rohrscheidt: Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit. Berlin 1898.

52. Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

53. Schecher: Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1910.

54. von Schulze: Das Preußische Staatsrecht auf der Grundlage des deutschen Staatsrechts. 2. Aufl., Leipzig 1890.

55. Seidler: Das Wesen der Gewerbefreiheit. Diss. Breslau 1925.

56. Seydel: Bayerisches Staatsrecht. 1. Auflage.

57. Spann: Die Haupttheorien der Volkswirtschaftslehre. Leipzig 1923.

58. Stengel-Giese: Artikel Oeffentliche Rechte und Pflichten. In Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Auflage.

59. Stier-Somlo: Kommentar zur Gewerbeordnung. 1923.

60. Stier-Somlo: Reichs- und Landesstaatsrecht. Berlin 1924.

61. Stier-Somlo: Im Grundrechtkommentar, Bd. 1, 1929, zu Artikel 109.

62. Theobald: Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen. Diss. Heidelberg, 1912.

63. Thoma: Grundrechte und Polizeigewalt. In den Verwaltungsrechtlichen Abhandlungen. Festgabe für das Oberverwaltungsgericht, 1925. Herausgegeben von Triepel.

64. Vogt: Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte. Aarau 1910.

65. Vossen: Der Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte durch das preußische Oberverwaltungsgericht. Hannover 1910.

66. Wittmayer: Eigenwirtschaft der Gemeinden und Individualrechte der Steuerzahler.

67. Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Auflage.

68. Entscheidungen:

a) Gewerbearchiv für das Deutsche Reich, herausgegeben von Rohrscheidt, insbesondere Bd. 1, 6, 8, 10, 12, 20.

b) Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, herausgegeben von Schelcher, Leipzig. Insbesondere Bd. 22, 40.

c) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 42, 58, 84, 100, 213.

d) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts, Bd. 13, 32, 37, 52, 61.

e) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow, Band 16, 17, 31, 40, 41.

f) Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafenrechts. Band 11, 12, 13, 18, 19, 23, 29, 30, 32, 35, 41.

g) Das Recht 1911, 1914, 1915.

und die gelegentlich angeführten Entscheidungen.

A. Einleitung.

Wir stehen heute mitten in einer Entwicklung, die im wesentlichen von den vielfach falsch verstandenen Untersuchungen Gneists über das englische Selvgovernment ihren Ausgang nahm, nämlich dem Streben unserer Kommunalverbände nach weitgehendster und unumschränkter Selbstverwaltung[1]). Insbesondere die Not der Kriegs- und Nachkriegsjahre, welche die Kommunalverbände mangels ausreichender staatlicher Hilfe zwang, selbst für sich und ihre Angehörigen zu sorgen, hat es mit sich gebracht, daß die Gemeinden ihren Aufgabenkreis beständig erweitert und immer neue Angelegenheiten in den „eigenen Wirkungskreis der Kommunen" einbezogen haben[2]). Je weiter aber diese gemeindliche Zuständigkeit ausgedehnt wurde, je mehr die verschiedensten Gebiete des Wirtschaftslebens einbezogen werden, desto größer wurde die Versuchung, sei es aus eigennützigen geldlichen Interessen, sei es aus Fürsorge für das Allgemeinwohl, sich gegenüber dem Einzelnen wirtschaftliche Monopolstellungen zu schaffen. Daß dieses Streben nach wirtschaftlicher Machterweiterung auf der einen den Interessen des Einzelnen auf der anderen Seite häufig zuwiderläuft, indem es seine freie Erwerbstätigkeit auf den verschiedensten Gebieten stark einschränkt oder gar unmöglich macht, braucht nicht besonders betont zu werden. Die Widerstände gegen solche Wirtschaftsbetriebe der Gemeinden sind gerade in den letzten Jahren so gewachsen, daß die Jahresversammlung des preußischen Städtetages in Frankfurt am Main sich 1929 besonders mit der Frage „der Bedeutung der gemeindlichen Unternehmungen im Rahmen der deutschen Volkswirtschaft" beschäftigte[3]).

---

[1]) Vgl. Peters, a. O. S. 5, 6; Brauweiler a. O. S. 196 ff.; Genzmer a. O. S. 163 ff.

[2]) Preußischer Städtetag 1929, S. 20 f.; Richter, a. O. S. 69 f.; 72 f.

[3]) Preußischer Städtetag 1929, S. 16 f.

Aufgabe dieser Arbeit soll es daher sein, zu untersuchen, inwieweit solche von den Gemeinden beanspruchten oder tatsächlich ausgeübten Wirtschaftsmonopole mit dem im § 1 der GO. verankerten Grundsatz der Gewerbefreiheit zu vereinbaren sind.

Demgemäß soll in dem ersten Teil zunächst dargelegt werden, wie sich der Grundsatz der Gewerbefreiheit bis zur Gewerbeordnung ausgebildet und welchen Inhalt und Umfang er hat. Sodann soll Begriff und Wesen der Monopole, insbesondere der Wirtschaftsmonopole, untersucht werden. Stehen beide Begriffe — Gewerbefreiheit und Gemeindemonopol — ihrem Inhalt und Wesen nach fest, so ist hauptsächlich an Hand höchstgerichtlicher Entscheidungen ihr Verhältnis zu einander unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, inwieweit sich beide rechtlich miteinander vereinbaren lassen

B. Hauptteil.

I. Teil.

Begriff und Wesen der Gewerbefreiheit.

§ 1. Die Entwicklung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit bis zur Gewerbeordnung von 1869[2]).

Mit dem Aufblühen der Städte und der Ausdehnung von Handel und Gewerbe im 12. und 13. Jahrhundert rief das Bedürfnis gegenseitigen Schutzes und gegenseitiger Förderung sehr bald Vereinigungen von Gewerbetreibenden mit eigenen Satzungen und Gesetzen hervor. Der sich so allmählich herausbildende machtvolle Zusammenschluß der Zünfte beherrschte das ganze Mittelalter hindurch bis in das 19. Jahrhundert hinein das gesamte deutsche Handwerk und Gewerbe. Es konnte jedoch nicht ausbleiben, daß diese mächtigen Verbände im Laufe der Zeit ihre ursprüngliche Aufgabe der Förderung von Handel und Gewerbe vergaßen. Ihre unbeschränkte wirtschaftliche Macht verleitete sie sehr bald, auch politisch ihren Einfluß in den Stadtverwaltungen entscheidend zur Geltung zu bringen.

Nach dem dreißigjährigen Kriege schränkten die erstarkten Landesherren die Selbständigkeit der Städte und damit zugleich die politische Einflußmöglichkeit der Zünfte mehr und mehr ein. Um so rücksichtsloser nutzten die Zünfte die ihnen infolge ihrer geschlossenen und wohlgefügten Gliederung innerhalb des Gemeinwesens verbliebene Macht zur Förderung eigennütziger Erwerbsinteressen der Mitglieder aus. Der freie Wettbewerb wurde durch Schließung der Zünfte, d. h. Neuaufnahme nur von Angehörigen der Meister, die der Zunft bereits angehörten, vollkommen ausgeschaltet. Immer weiter über das Stadtgebiet hinaus sich erstreckende Gewerbemonopole (Zwangs-

---

[2]) Vgl. hierzu: v. Rohrscheidt, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit.

und Bannmeile) wurden geschaffen. Handel und Gewerbe waren der Willkür der Zünfte wehrlos ausgeliefert.

Die groben Mißstände veranlaßten ein Einschreiten des allerdings ziemlich machtlosen Reichs. Der Reichsschluß von 1731 ordnete das Zunftwesen neu. Die Zünfte wurden der Polizeiaufsicht des Staates unterstellt, ihre Monopolstellung aber nicht beseitigt[3]). So waren die Zustände schlimmer als je zuvor, denn Zunftzwang und Polizeiaufsicht erstickten Handel und Gewerbe[4]).

Die Lehren der Naturrechtsschule (Rousseau) von der natürlichen Freiheit und Gleichheit aller Menschen und die Bestrebungen der Physiokraten, diese Grundsätze auf dem Gebiet von Handel und Gewerbe zur Geltung zu bringen, fielen daher auf fruchtbaren Boden. In England, Frankreich, Belgien und den Niederlanden herrschte völlige Gewerbefreiheit. Trotz aller gegenteiligen Befürchtungen standen dort Handel und Gewerbe in höchster Blüte. Der unglückliche Krieg von 1806/07 gab in Preußen schließlich den äußeren Anstoß zur Beseitigung des verderbten und überholten Zunftwesens. Der Wiederaufstieg Preußens erforderte die Mitarbeit jedes einzelnen. Der Bürger mußte nach langer Bevormundung von Polizeistaat und Zunftzwang wieder Freude an eigener gewerblicher Tätigkeit gewinnen. So trat das bisher von rein polizeistaatlichen Grundsätzen geleitete Preußen scheinbar unvermittelt auf die Seite des sogenannten „ökonomischen Liberalismus“. In Wahrheit folgte man jedoch nur dem Zwange einer längst angebahnten, durch die dargelegten politischen, wirtschaftlichen und wissenschaftlichen Ereignisse der letzten Jahrzehnte beschleunigten Entwicklung. Die Hardenbergsche Reform — Edikte vom 2. November 1810 über die Einführung der allgemeinen Gewerbesteuer und das Gesetz vom 7. September 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe — führten in Preußen fast unbeschränkte Gewerbefreiheit ein. Diese wurde zwar durch die preußische Gewerbeordnung von 1845 wieder weitgehend einge-

---

[3]) Vgl. auch ALR. von 1794 Teil 2 Titel 8 §§ 179—455; Brunner-Heymann a. O. S. 253.

[4]) Vgl. Hue de Grays a. O. S. 587 f.

schränkt, dann aber unter dem wachsenden Einfluß der freihändlerischen Lehren Adam Smiths in der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes und später in der des Deutschen Reiches anscheinend endgültig festgelegt[5]).

§ 2. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit in der Gewerbeordnung von 1869 und der Reichsgewerbeordnung.

Der Grundsatz völliger Gewerbefreiheit, schrankenloser Betätigung des einzelnen, frei vom staatlichen Einfluß, das „laisser aller, laisser passer, le monde va de lui — même“ des individualistischen wirtschaftlichen Liberalismus schien sich für immer Bahn gebrochen zu haben.

Doch auf die Spitze getrieben, barg diese Entwicklung den Keim des Verfalls bereits in sich. Der scheinbaren Blüte der Gründerjahre nach den siegreichen Kriegen von 1866 und 1870/71 folgte mit jener schweren Handels- und Gewerbekrisis von 1873 bis 1878 der Rückschlag. Man mußte in bitterer Erfahrung lernen, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit zu Gunsten der Allgemeinheit einzuschränken ist, soll nicht das Staatsganze und mit ihm der einzelne Bürger Schaden erleiden. Nur der Staat als letzte und höchste Wirtschaftsmacht konnte einen Ausgleich zwischen dem Einzelinteresse und dem Interesse der Gesamtheit herbeiführen.

Im Jahre 1879 vollzog sich die große Schwenkung Bismarckscher Wirtschaftspolitik, der Uebergang vom Manchestertum zum Protektionismus des Staates, vom Freihandel im Sinne Adam Smithscher Theorien zu einem einschränkenden Schutzzollsystem.

Zwischen beiden Polen, Gewerbefreiheit und Staatsaufsicht, sucht die neuere Wirtschaftspolitik zu vermitteln und möglichste Freiheit des einzelnen von Eingriffen des Staates mit den Bedürfnissen des Wohls der Allgemeinheit zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.

Alle Aenderungen in der wirtschaftspolitischen Auffassung der führenden Staatsmänner spiegeln sich getreulich auch in der äußeren Entwicklung der Gewerbeordnung wider, die sich demgemäß in über 40 Novellen zahlreiche Umgestaltungen hat gefallen lassen müssen.

---

[5]) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 474.

Seit der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes ist jedoch der Grundsatz der Gewerbefreiheit in fast genau der gleichen Fassung des heutigen § 1 der Reichsgewerbeordnung nicht aus dem Gewerberecht Deutschlands geschwunden. Umfang und Inhalt des Begriffs der Gewerbefreiheit unterlagen aber, wie schon der kurze geschichtliche Ueberblick hinreichend gezeigt hat, wesentlichen Aenderungen. Diese dürfen bei der weiteren Untersuchung über das Wesen der Gewerbefreiheit nicht außer acht gelassen werden.

§ 3. Die rechtliche Bedeutung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit ist hauptsächlich im § 1 der RGO. ausgesprochen. Er fand sich auch im Art. 3 der Reichsverfassung von 1871 angedeutet und ist in der neuen Reichsverfassung vom 11. August 1919 in den Artikeln 111, 151 noch einmal niedergelegt worden.

Dieses System der „freien Konkurrenz", wie man zuweilen den Grundsatz der Gewerbefreiheit genannt hat, enthält zweierlei: einerseits das Versprechen der Freiheit von den Einwirkungen anderer Gewerbetreibenden, soweit solche eben den freien Wettbewerb ausschließen würden[6]), andererseits aber die Zusicherung der Freiheit von jeder obrigkeitlichen Einwirkung des Staates. Für unsere Untersuchung kommt im wesentlichen nur die zweite Möglichkeit in Betracht. Denn darüber kann ja kaum Zweifel bestehen: sobald der Kommunalverband als privater Gewerbetreibender auftritt, steht er mit den anderen Gewerbetreibenden auf einer Stufe. Schwierigkeiten ergeben sich aber dann, wenn die Gemeinde als öffentlich-rechtlicher Verband, als „Staat im Staate" in den freien Gewerbebetrieb eingreift, um den allgemeinen Wettbewerb einzuengen oder gar auszuschalten.

Zur Ermittlung der Grenzen dieser recht häufig zu beobachtenden Monopolbestrebungen der Kommunalverbände mit Rücksicht auf den gesetzlich festgelegten Grundsatz der Gewerbefreiheit bedarf es vor allem erst der Feststellung der rechtlichen Bedeutung dieses Grundsatzes. Die Beantwortung dieser Frage bedeutet weiter zum mindesten für

[6]) Vgl. z. B. § 4 RGO

diejenigen, die als Voraussetzung der Verwaltungsklage die Verletzung eines subjektiven Rechts fordern, zugleich die Entscheidung über die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit für diese Fälle[7]).

Vier Gruppen von Meinungen stehen sich bei der Frage nach der Rechtsnatur des Grundsatzes der Gewerbefreiheit gegenüber:

Die Gewerbefreiheit sei nur ein Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit jedes Einzelnen und daher nur ein wirtschaftlicher, aber kein rechtliche Begriff[8]). Sie sei „die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit; als solche habe sie kein Objekt[9])". Den ersteren Einwand haben sich auch die Vertreter der zweiten Gruppe, der objektivrechtlichen Theorie, zu eigen gemacht. Sie meinen eine von Natur gegebene Fähigkeit, wie die Gewerbefreiheit, könne zum mindesten kein subjektives Recht sein[10]).

Selbst wenn man die Gewerbefreiheit als einen Teil der menschlichen Handlungsfreiheit ansehen will, so hat sich die Rechtsordnung eben aus irgend welchen Gründen dieses Teils bemächtigt und ihn damit auch zu einem rechtlichen Begriff gemacht[11]). Ist es doch gerade das Wesen alles objektiven Rechts, natürliche Handlungen, wenn sie wichtig genug hierzu erscheinen, sich zu unterwerfen und ihnen damit rechtliche Bedeutung beizulegen. Dem Staat bleibt es unbenommen, jede ihm geeignet erscheinende Seite menschlicher Betätigung dem Recht zu unterstellen und durch eine objektive Rechtsnorm zu schützen. Wird dieser Schutz nun in einer gewissen Weise so verstärkt, daß der Berechtigte von sich aus einen Anspruch auf ungehinderte Ausübung dieser Betätigung haben soll, so wird aus dem objektiven Recht ein subjektiver Anspruch entstehen[12]).

---

7) Vgl. Hatschek a. O. S. 359, 362; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 190; § 127 LVG.

8) Neukamp a. O. Bd. I S. 874.

9) Laband, Staatsr. d. d. R. I S. 195 ff., 207; Seidler a. O. S. 53.

10) Schecher a. O. S. 7.

11) Peters a. O. S. 24.

12) Bühler a. O. S. 146 f.; Beyendorf a. O. S. 41 f.; Nelken a. O. S. 236; Seydel Bayer. Staatsr. III S. 410; Gewerbepolizeirecht S. 69. Vgl. auch Gierke a. O. VII S. 1132 ff.; Korman, Einführung S. 249; Thoma a. O. S. 16.

Im übrigen ist jetzt in der Rechtswissenschaft doch wohl allgemein anerkannt, daß Rechtsobjekt nicht nur ein körperlicher Gegenstand, sondern überhaupt jedes für Schutz würdig erachtete Interesse materieller oder ideeller Art sein kann. Man denke z. B. nur an die Immaterialgüterrechte. Gegner des Rechts auf Gewerbefreiheit ist eben der, der es verletzt, und Rechtsobjekt ist diese Seite der rechtlich geschützten persönlichen Freiheit[13]). Ist der Grundsatz der Gewerbefreiheit somit aber als Rechtsbegriff anzusehen, so ist weiter zu prüfen, was für ein Recht er sein kann.

Die Artikel 111, 151 RVU. nehmen den Grundsatz der Gewerbefreiheit mit in das Verzeichnis der Grundrechte auf. Trotzdem darf man die Frage nach der Rechtsnatur des Grundsatzes der Gewerbefreiheit nicht mit der Frage nach der Rechtsnatur der Grundrechte schlechthin gleichsetzen. Denn die sogenannten Grundrechte enthalten teils nur Richtlinien für den Gesetzgeber, teils rein programmatische Gesetze, teils sind sie in Anerkennung subjektiver Rechte entstanden. Aber auch bei den Grundrechten, die man zunächst als subjektive Rechte anzusprechen geneigt ist, muß man jedes einzelne Recht, wie Freiheit der Person, Freizügigkeit, Gewerbe-, Glaubens-, Vereinsfreiheit, allein und ohne Rücksicht auf die anderen Grundrechte prüfen[14]). Mit Thoma[15]) wird man dabei allerdings davon ausgehen müssen, daß im Zweifel der stärkeren Auslegung der Vorzug zu geben sein wird. Denn in den Grundrechtskatalog aufgenommen ist das Recht doch gerade deswegen, um ihm eine möglichst starke Wirksamkeit zu verleihen.

Giese kommt als Vertreter der zweiten Gruppe, der objektivrechtlichen Theorie von der abgelehnten allgemeinen Fragestellung ausgehend zu dem Ergebnis[16]): Grundrechte seien keine subjektiven Rechte. Er muß aber sogleich zugeben, daß gewisse einzelne Grundrechte, wie z. B. Vereins- und Gewerbefreiheit, auch als subjektive Rechte bezeichnet werden könnten[17]).

---

[13]) Vgl. v. Laun, Gewerbebetriebe S. 26.

[14]) Stier-Somlo, Staatsr. S. 436 f.; Grundrechtskommentar Bd. 1 S. 165; Anschütz a. O. zu Art. 151; Herrnritt a. O. S. 75; Bühler a. O. S. 129 f.; Stengel-Giese a. O. S. 6.

[15]) Grundrechtkommentar I S. 5, 9.

[16]) a. O. S. 73.

[17]) a. O. S. 74.

Von den Anhängern der eben erwähnten objektivrechtlichen Theorie, der auch das preußische Oberverwaltungsgericht zuzuneigen scheint[18]), wird die Ansicht vertreten, es könne gegenüber dem Staat kein subjektives Recht geben. Der Staat als Schöpfer des Rechts könne, auch wenn er sich ihm ausnahmsweise einmal unterworfen habe, jeden Rechtssatz beliebig wieder aufheben und stehe deshalb stets über der Rechtsordnung[19]). Allein die weitere Folgerung, daß es dann auch auf privatrechtlichem Gebiet keine subjektiven Rechte gegen den Staat geben könne, ist noch nicht gezogen worden.

Hält man Staatsgewalt und staatliche Rechtsordnung im Sinne der Lehre von der Trennung der Gewalten streng auseinander, so ist die ganze scheinbare Schwierigkeit sofort behoben. Hat der Staat eine Rechtsordnung erlassen, und auf sich anwendbar erklärt, so steht er in seinen Handlungen — also als ausführende Staatsgewalt — genau so unter dieser Rechtsordnung wie jedes andere Rechtssubjekt. Solange der Rechtssatz nicht aufgehoben ist, sind dann auch die staatlichen Verwaltungsorgane an ihn gebunden[20]).

Ein subjektives Recht auf Gewerbefreiheit soll es nach der zweiten Meinung schließlich auch deswegen nicht geben, weil ein solcher Anspruch allen in der gleichen Weise gegenüber dem Staat zustände. Das Wesen des subjektiven Rechts liege aber „in der differenzierenden Behandlung der Bevölkerung[21])".

Hiermit wird die noch äußerst ungeklärte und umstrittene Frage nach dem Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts überhaupt berührt. Eine breitere Darstellung dieses Streites verbietet sich im Rahmen unserer Arbeit. Es mag jedenfalls zugegeben werden, daß diese Ansicht das Wesen des subjektiven Privatrechts in der Hauptsache richtig hervorhebt. Das öffentliche Recht geht aber seinem Wesen nach auf die Allgemeinheit und die Volksgesamtheit als Ganzes zurück. Ein subjektives öffentliches Recht wird daher im allgemeinen sich weniger scharf von dem objektiven öffentlichen Recht abheben, als dieses auf privatrechtlichem

---

18) Vgl. E. 6, 265; 11, 307; Reger 5, 169.
19) Bornhak, Pr. Staatsr. I S. 294 ff.; Zorn Staatsr. S. 471.
20) Vogt a. O. S. 23 f.; Beyendorf, System S. 42.
21) Herrnritt a. O. S. 76.

Gebiet der Fall ist. Das zunächst anscheinend allen Staatsbürgern zustehende subjektive Recht verdichtet sich eben bei seiner Verletzung im einzelnen und wird so für ihn „das für diesen Einzelfall ihm allein zustehende Recht gegenüber dem Staat auf Unterlassung der Störungen[22])".

Bei allen Theorien über das Wesen des subjektiven Rechts kehren zwei Begriffe einzeln oder zusammen regelmäßig wieder: „Macht" und „Interesse" des Einzelnen[23]). So meint z. B. Fleiner[24]), subjektives Recht und Reflex des objektiven Rechts unterschieden sich nur dadurch, daß ersteres in bestimmter Richtung dem Staat gegenüber die Rechtslage des einzelnen Bürgers verstärke, d. h. also ihm „Macht" verleihe.

Die heute wohl herrschende Meinung betont mit Recht, beide Begriffe „Macht" und „Interesse" zusammen machten das Wesen wenigstens des subjektiven Privatrechts aus. „Das subjektive Recht ist begrifflich eine Macht, die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zweck nach ein Mittel zur Befriedung menschlicher Interessen. Ob ein subjektives Recht vorliegt, ist nicht aus dem Inhalt der gestatteten Willensbetätigung zu schließen, sondern durch Auslegung der Vorschriften des positiven Rechts zu ermitteln[25])."

Diese für das Zivilrecht gemachten Ausführungen wird man auch für das öffentliche Recht gutheißen dürfen. Zu beachten ist allerdings, daß bei diesem mangels gleich gut ausgearbeiteter, ihrem Sinn und Wortlaut nach sorgsam abgewogener positivrechtlicher Normen entscheidender Wert auf die geschichtliche Entwicklung des einzelnen Rechtssatzes gelegt werden muß. Es ist eingehend zu prüfen, ob das Gesamtergebnis der Untersuchung den Schluß rechtfertigt, daß in diesem besonderen Fall der Bürger mehr als den bloßen Reflex objektiven Rechts, daß er ein subjektives Recht, einen persönlichen Anspruch auf Erfüllung des Rechtssatzes erhalten sollte.

Diesen gewichtigen gegen die Annahme eines nur objektiven Rechts sprechenden Bedenken kann sich auch die über-

---

22) Beyendorf a. O. S. 41.

23) Vgl. v. Stengel-Giese a. O. S. 4, 5; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 195.

24) Institutionen S. 174; Einzelrecht S. 38 f.

25) Enneccerus a. O. I, 1 § 65.

wiegende Zahl der Schriftsteller nicht verschließen. Zwischen beiden Meinungen — nur objektives oder nur subjektives Recht — versucht eine dritte Meinung zu vermitteln.

Landmann[26]) erkennt ein subjektives privates und öffentliches Recht an begonnenen Gewerbebetrieben an. Er unterscheidet davon die Befugnis, einen Gewerbebetrieb neu zu beginnen. Eine gesteigerte Wirksamkeit kann seiner Ansicht nach allerdings auch dieser Befugnis nicht schlechthin abgesprochen werden. Diese gesteigerte Wirksamkeit beruhe aber auf dem Reflex objektiven Rechts. Nach Landmann hätte ohne diese Unterscheidung der Grundsatz des § 1 Abs. 2 GO. auf alle zur Zeit der Entstehung dieses Gesetzes bereits geborenen Personen nicht angewendet werden und die später geschaffenen Novellen auf diese sich nicht erstrecken dürfen.

Allein zum mindesten für das öffentliche Recht wird ein solcher Unterschied kaum gemacht werden können, da sowohl die Befugnis zum Beginn als auch die Befugnis zur Ausübung eines Gewerbebetriebes sich aus demselben rechtlichen Grundsatz ergeben[27]). Die Bestimmung des § 1 Abs. 2 GO. sagt nicht: wer gegenwärtig nach den Bestimmungen „dieses" Gesetzes zum Gewerbebetrieb berechtigt ist . . ., sondern gerade nur; wer noch gegenwärtig zum Betriebe eines Gewerbes berechtigt ist, kann von demselben nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil er den Erfordernissen „dieses" Gesetzes nicht genügt. Hieraus folgt als Sinn des Abs. 2, daß nach den bisherigen Gesetzen zum Gewerbebetrieb berechtigten Personen dieser Betrieb nicht deshalb untersagt werden darf, weil er den Bestimmungen dieser neuen Gewerbeordnung nicht genügt. Weiter kann daraus nichts entnommen werden. Im übrigen dürfte es auch nur eine Frage der Auffassung vom Wesen des subjektiven Rechts sein, ob man die „gewisse wirtschaftliche und zivilrechtliche Bedeutung", die die Befugnis zum Beginn eines Gewerbebetriebes vom objektiven Recht unterscheiden soll, für so stark und wesentlich hält, daß sie ein subjektives Recht genannt werden kann.

---

26) a. O. S. 73, 74.

27) Schecher a. O. S. 8 Anm. 2.

Auch G. Jellinek[28]) kommt zu dem Ergebnis, daß zum mindesten nach der Anmeldung des Gewerbebetriebes bezw. Konzessionserteilung ein subjektives Recht gegenüber dem Staat auf Unterlassung störender Eingriffe in die Gewerbefreiheit entstanden sei.

Dieser Ansicht neigt auch das Reichsgericht zu und erkennt ein subjektives Recht auf Gewerbefreiheit am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an[29]). Von dieser Meinung des Reichsgerichts aus bedeutet es schließlich nur einen kleinen Schritt bis zur Anerkennung eines subjektiven Rechts auf Gewerbefreiheit schlechthin.

So sieht von Laun[30]) als Vertreter der vierten Gruppe, der subjektivrechtlichen Theorie, die erlaubte gewerbliche Tätigkeit schlechthin als ein subjektives Recht an. Der Inhalt dieses Rechts sei entgegen der Meinung Labands nicht der, zum Betriebe eines Gewerbes keiner Konzession zu bedürfen, sondern vielmehr der, die Nichtverletzung eines bestimmten Interessenkreises von der Obrigkeit verlangen zu können[31]). Da das österreichische Recht gemäß § 11 Oe. GO. für den Beginn jedes Gewerbes eine Anmeldung kennt, so entsteht nach Laun dieses Recht dort mit der Anmeldung. Für das deutsche Recht begründe der § 1 GO. ohne weiteres ein subjektives Recht. Diese Bestimmung der Reichsgewerbeordnung allein betrachtet enthalte die Verneinung öffentlichrechtlicher Beschränkungen, also ein subjektives öffentliches Recht, das die privatrechtliche Seite des Gewerbebetriebes, wie z. B. die Vertragsfreiheit, unberührt lasse[32]).

Dieser Auffassung haben sich eine ganze Reihe von Schriftstellern angeschlossen[33]). Obgleich man zu dem gemeinsamen Endergebnis auf recht verschiedenen Wegen, be-

---

[28]) System S. 110 Anm. 1; vgl. auch S. 105 ff.

[29]) RGZ. 58. 24; 100, 213; Gew.-Arch. 20, 149; vgl. auch Enneccerus I, 2 § 457 Anm. 8.

[30]) Gewerbebetriebe S. 28.

[31]) Gewerbebetriebe S. 26; vgl. auch Freies Ermessen S. 96.

[32]) von Laun, Gewerbebetriebe S. 97 ff., 102; vgl. auch Schecher a. O. S. 21.

[33]) Vgl. z. B. Sarwey a. O. S. 524, 415; Fleiner, Institutionen S. 176 f.; G. Meyer-Anschütz S. 954 f.; Schulze a. O. S. 367; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 197; Staatsakt S. 22; Peters a. O. S. 24 Anmerkung 1.

dingt durch die gekennzeichneten abweichenden Auffassungen über das Wesen des subjektiven Rechts, kommt, lassen sich die Anschauungen im wesentlichen auf folgende Grundgedanken zurückführen: die natürliche Handlungsfreiheit des Menschen unterliege rechtlichen, vom Staat als höchster Macht gesetzten Beschränkungen. Für gewisse Handlungen seien diese Beschränkungen durch die objektive Rechtsordnung eingeengt oder verboten worden. Solange dieses Verbot bestehe, und der Einzelne es sogar von sich aus gegen den Staat geltend zu machen ermächtigt sei, habe jeder Bürger einen Rechtsanspruch, d. h. ein subjektives Recht auf Unterlassung dieser verbotenen Einwirkungen des Staates. So sei insbesondere das Recht auf Gewerbefreiheit, aus der objektiven Anerkennung natürlicher menschlicher Handlungsfähigkeit und Handlungsfreiheit gegenüber allen früheren Beschränkungen der Rechtsordnung des Staates entspringend, ein subjektives Recht des einzelnen auf Schutz der individuellen Freiheitssphäre und auf rechtlich anerkanntes Handelndürfen.

Man wird in der Tat dieser vierten Anschauung folgen und den Grundsatz der Gewerbefreiheit in seiner heutigen tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltung als subjektives Recht ansprechen müssen.

Die bereits anfangs kurz umrissene geschichtliche Entwicklung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit läßt es m. E. kaum zweifelhaft erscheinen, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit ganz überwiegend im Interesse des einzelnen, zur Stärkung seiner wirtschaftlichen Macht in die Gewerbeordnung aufgenommen worden ist. Der einzelne sollte, vom Zwang der Zünfte und der Bevormundung des Polizeistaates befreit, seine natürliche Handlungsfreiheit in gewerblicher Beziehung auch rechtlich geschützt betätigen dürfen. Sollte dieses Ziel jedoch vollkommen erreicht werden, so mußte dem einzelnen aber ein Anspruch darauf zugebilligt werden, dieses Recht von sich aus und in eigener Machtvollkommenheit gegenüber störenden staatlichen Uebergriffen geltend zu machen.

Für dieses aus rein geschichtlicher Auslegung gewonnene Ergebnis spricht auch der Wortlaut des § 1 RGO.[34]). Der Staat will sich um die gewerbliche Tätigkeit des einzelnen

---

[34]) Vgl. auch Beyendorf a. O. S. 41.

nicht nur „nicht kümmern“, will diese nicht nur „dulden“, sondern er „gestattet“ sie ausdrücklich, gibt dem einzelnen also einen Anspruch, sich auf dieses Gestatten berufen zu dürfen. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Artikel 111, 151 der Reichsverfassung hingewiesen. Man wird zwar entgegen Stier-Somlo[35]) in diesen Artikeln keine Lösung der Streitfrage zu Gunsten der subjektivrechtlichen Theorie sehen können, denn die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nur „nach Maßgabe der Reichsgesetze“ gewährleistet[36]). Immerhin spricht aber der Wortlaut dieser Bestimmungen — „jeder hat das Recht“ und „die Freiheit ... wird gewährleistet“ — dafür, daß in der neuen Reichsverfassung der Grundsatz der Gewerbefreiheit als ein wichtiges Recht angesehen wird. Da zudem dieser Grundsatz ausdrücklich in zwei Artikeln unter den Schutz der Verfassung gestellt ist, wird man der besonderen Betonung seiner Wichtigkeit nur bei der Auslegung gerecht, die die rechtliche Wirkungskraft der Norm am stärksten entfaltet, d. h. als subjektives Recht[37]).

Es ist auch durchaus nicht so verwunderlich, wie Theobald meint[38]), wenn man auf ein solches subjektives öffentliches Recht im Hinblick auf die Interessen des Staates nicht ohne weiteres verzichten kann. Das subjektive öffentliche Recht, so sehr es auch dem Interesse des Einzelnen zu dienen bestimmt ist, wird im Gegensatz zum subjektiven Privatrecht immer zugleich die Belange der Allgemeinheit wesentlich mitberühren. Es ist letzten Endes stets mittelbar auch ein Teil eines Gesamterfolges im Interesse des Staatsganzen. So soll der Einzelne in freier gewerblicher Betätigung zu Wohlstand und Zufriedenheit gelangen, damit mittelbar die Wohlfahrt der Allgemeinheit gefördert werde. Wohl kann der Einzelne gelegentlich von der Ausübung seines Rechts absehen und sich Störungen der Gewerbefreiheit gefallen lassen, aber nur im besonderen Fall und grundsätzlich nicht ein für allemal[39]).

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß der § 1 der Gewerbeordnung zwar zunächst nur eine Schranke für

---

[35]) Kommentar § 1 Anm. 3.
[36]) Hoffmann, Grundrechtskommentar III S. 151, II.
[37]) Thoma, Grundrechtkommentar I S. 9.
[38]) a. O. S. 53.
[39]) Fleiner, Inst. S. 179 f.

die Staatsgewalt bildet, zugleich aber auch eine Norm, auf deren einschränkende Wirkung sich der Untertan im eigensten Interesse berufen kann, also ein subjektives Recht ist. Es wäre auch merkwürdig, wenn sich der einzelne Bürger nicht von sich aus auf eine, wie die geschichtliche Entwicklung gezeigt hat, ausgesprochen zum Schutz individualistischer Interessen geschaffene Bestimmung berufen dürfte.

Dieses subjektive Recht zunächst negativen Inhalts auf Unterlassung jeder störenden Handlung durch den Staat wird zwangsläufig, da nur geltend gemacht, wenn ihm entgegengehandelt wird, dann zu einem subjektiven Recht positiven Inhalts auf Rücknahme der störenden Handlung[40]).

§ 4. Umfang und Inhalt des Grundsatzes der Gewerbefreiheit insbesondere.

Die Bestimmung des § 1 RGO. erstreckt sich ihrem tatsächlichen Herrschaftsbereich nach unbestritten nur auf Gewerbebetriebe, die der Gewerbeordnung unterliegen. Es muß sich also um eine erlaubte, fortgesetzte, auf Gewinn gerichtete selbständige Tätigkeit mit Ausnahme der Urproduktion, der künstlerischen und wissenschaftlichen Tätigkeit, der persönlichen Dienste höherer Art und des öffentlichen Dienstes handeln. Ausgenommen sind ferner die Gewerbe des § 6 GO.

Nicht unter die Bestimmungen der Gewerbeordnung fallen demnach die Betriebe, die nicht in Gewinnabsicht, sondern aus irgend welchen anderen Gründen betrieben werden[41]). Da gemäß den §§ 3, 4 des preußischen Kommunalabgabengesetzes die Gemeinden bei dem Betriebe gewisser Unternehmungen die Wahl haben, ob sie diese als „gewerbliche Unternehmen“ oder „öffentliche Anstalten[42])“ betreiben wollen[43]), bedarf es im Einzelfall sorgfältiger Prüfung, ob die Gewerbeordnung auf ein öffentliches gemeindliches Unternehmen Anwendung finden kann.

---

[40]) Hoffmann, Grundrechtkommentar III S. 150, I, Abs. 2.

[41]) W. Jellinek Verwaltungsrecht S. 474a.

[42]) Dazu Korman in Stengel-Fleischmanns Wörterb. Art. öff. Anst.

[43]) Korman, Einführung S. 39; Köttgen a. O. S. 15; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 495.

Soweit nicht durch die Gewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben — d. h. in der Gewerbeordnung selbst — oder zugelassen sind, — d. h. für die Landesgesetzgebung —, steht der Beginn eines Gewerbebetriebes unbestritten jedermann frei. Dagegen soll sich nach der Ansicht verschiedener Verfasser diese Bestimmung nicht auf die Ausübung eines Gewerbebetriebes beziehen. Dies könne allerdings nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes herausgelesen werden. Diese Absicht der Verfasser des Gesetzes ergebe sich aber deutlich aus den Motiven zur Gewerbeordnung von 1869[44]) und sei auch in der Bestimmung des § 1 Abs. 2 GO. zum Ausdruck gekommen. Der Abs. 2 beziehe sich zweifellos nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb.

Letzteres ist zwar richtig. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß nun auch § 1 Abs. 1 GO. einschränkend im Sinne des Abs. 2 ausgelegt werden müßte. Es hat einen guten Sinn, den bei Inkrafttreten der Gewerbeordnung bereits ein Gewerbe Betreibenden nicht den neuen Zulassungsbeschränkungen zu unterwerfen. Dies würde eine unnötige und ungerechtfertigte Härte bedeuten. Ein Gewerbe ausüben darf dagegen jedermann im Interesse der Allgemeinheit weiterhin nur im Rahmen der jeweils neu geltenden Gesetze. Diese Folgerung ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz.

Ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, so ist aus einer solchen Fassung, ohne dem Wortlaut Zwang anzutun, nur zu schließen, daß sich die Bestimmung auf den Beginn und die Fortführung eines Gewerbebetriebes beziehen soll[45]). Eine andere Absicht des Gesetzgebers mag vorgelegen haben, ist jedoch in keiner Weise zum Ausdruck gekommen.

Die Ausübung eines Gewerbebetriebes unterliegt nun aber nicht etwa gar keinen Beschränkungen. An die Persönlichkeit des Gewerbetreibenden anknüpfend, ist der Beginn eines Gewerbes zwar „jedermann“ unbeschränkt gestattet. Die sachliche Ausübung eines Gewerbebetriebes berührt aber leicht fremde entgegenstehende Wirtschafts- und

---

[44]) Landmann a. O. S. 69, 71; Rehm, Warenhausumsatzsteuer S. 9 f.

[45]) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 475b; Hoffmann, Grundrechtk. III S. 152 Abs. 2.

Rechtskreise. Insbesondere gehen die im Interesse der öffentlichen Ordnung gesetzten Schranken dem Einzelinteresse vor.

Wenn also gemäß § 1 GO. eine Beschränkung nur nach den Bestimmungen dieses Gesetzes möglich sein soll, so muß der Gesetzgeber als Folge der fortschreitenden Entwicklung diesen Grundsatz alsbald wieder umstoßen und hat dies auch getan. Man vergleiche z. B. nur das Kinderschutzgesetz, das Gesetz über die Frauenarbeit u. a.[46]).

Es ist oberster rechtsstaatlicher Grundsatz, jedes Einzelrecht nur in den Grenzen zu schützen, die im Interesse des Ganzen bestehen[47]). Ob diese Schranken durch eine allgemeine Norm wie den § 10, II, 17 ALR. festgelegt[48]) oder für bestimmte Verhältnisse genauer geregelt sind, wie z. B. der Bedürfnisnachweis bei der Schankkonzession, ist unerheblich[49]). Es werden demnach nur im Interesse der Wohlfahrt und Förderung eines einzelnen Gewerbebetriebes oder einer Gewerbeart erlassene Beschränkungen schlechthin unwirksam sein[50]).

Die allgemeinpolizeilichen, für alle bestimmten Vorschriften, z. B. der Sicherheits-, Feuer-, Bau-, Straßen-, Gesundheits-, Sitten- usw.-Polizei gelten jedoch auch für Gewerbetreibende. Denn will jemand den Schutz eines bestimmten Gesetzes für sich in Anspruch nehmen, so kann er dies nur im Rahmen der schlechthin für die Allgemeinheit geltenden Bestimmungen. Auch die Gewerbeordnung gilt in diesem Sinne nur für die erlaubte gewerbliche Tätigkeit[51]). Nur dürfen die allgemeinpolizeilichen Anordnungen nicht die Zulassung zum Gewerbebetrieb beschränken. Denn der Zustand allgemeiner Polizeiwidrigkeit kann erst in demselben Augenblick entstehen, in dem ein Gewerbe begonnen ist, also bereits ausgeübt wird. Richtet sich die Anordnung aber gegen die Zulassung, macht sie also den Augenblick des Beginns unmöglich, so verliert sie ihren

---

46) Hoffmann, Grundrechtsk. III S. 161 ff.

47) Fleiner, Inst. S. 178; Thoma, Grundrechte S. 183 f.

48) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 413, 1; Hoffmann, GO. § 1 Anmerkung 1 Abs. 3.

49) Fleiner, Einzelrecht S. 4 Anm. 1; Beyendorf, Syst. S. 37.

50) Landmann a. O. S. 93; OVG. 18 S. 308.

51) Rohmer, Grundrechtsk. I S. 239, c.

allgemeinpolizeilichen Charakter und wird zur rein gewerbepolizeilichen.

Während in der früheren Rechtsprechung und Rechtslehre kein Zweifel darüber bestand, daß im Hinblick auf § 1 GO. jede gewerbepolizeiliche Anordnung schlechthin unzulässig sei, ist dies in letzter Zeit streitig geworden[52]). Die Bedenken gegen die frühere Rechtsprechung dürften im wesentlichen aus der Beobachtung entstanden sein, daß häufig der große Umfang einer neuartigen Gewerbegattung eine Regelung der Tätigkeit des großen Mitgliederkreises im Interesse der Allgemeinheit nötig macht. Eine nähere Prüfung dieser Maßnahmen wird jedoch meist ergeben, daß der Schutz der Allgemeinheit ihre wesentliche Grundlage ist, sie also insofern überwiegend allgemeinpolizeilichen Charakter haben.

Soweit sich materiell eine derartige allgemeinpolizeiliche Grundlage nachweisen läßt, wird man, der wirtschaftlichen Entwicklung Rechnung tragend, die Anordnung für zulässig halten können. Für unbedingt unzulässig zu halten sind aber rein gewerbepolizeiliche Vorschriften, die z. B. gewisse Personen in der Ausübung des Gewerbes beschränken oder den Wettbewerb der Gewerbetreibenden untereinander regeln wollen[53]).

Erhebliche Schwierigkeiten können allerdings dann entstehen, wenn eine rein gewerbepolizeiliche Beschränkung sich in das Gewand einer allgemeinpolizeilichen Anordnung kleidet oder umgekehrt. Die Unterscheidung, wie das Oberverwaltungsgericht es will, nach den rein formellen Kennzeichen durchzuführen, ob die Polizeivorschrift sich ihrer äußeren Fassung nach als allgemeinpolizeiliche darstelle oder nicht, dürfte nicht angängig sein. Eine solche äußere Handhabung widerspräche den Grundsätzen des Rechtsstaates und würde zur Willkür führen. Entscheidend kann es allein, wie auch das Kammergericht annimmt, auf den sachlichen Inhalt der polizeilichen Anordnung ankommen[54]). Nur so kann eine jede Willkür ausschließende und

---

[52]) Hoffmann, Grundrechtsk. III S. 153 Abs. 2; Gew.-Arch. 11, 375; Reger 24, 3.

[53]) Vgl. zu Vorstehendem: Laun, Gewerbebetrieb S. 82; Gew.-Archiv 23, 504; Hoffmann, Grundrechtsk. III S. 154.

[54]) Gew.-Arch. 8, 535; Landmann 1917 S. 80; Seydel, Gew.-Polizeirecht S. 28; Nelken a. O. I S. 237 f.

rechtsstaatlichen Grundsätzen gemäße gleiche Behandlung aller Bürger gewährleistet werden. Daß im übrigen auch diese polizeilichen Anordnungen den allgemein anerkannten Grundsätzen des öffentlichen Rechts entsprechen müssen, bedarf keiner besonderen Betonung.

Hat sich nach Maßgabe vorstehender Erörterungen eine polizeiliche Anordnung als gültig erwiesen, so wird schließlich noch die Frage aufzuwerfen sein: Kann die Polizeivorschrift beliebig weit gehen, kann sie insbesondere eine völlige Stillegung des Gewerbebetriebes verlangen?

Grundsätzlich wird man daran festhalten müssen, daß die Polizei alle „notwendigen“ Maßnahmen zur Erreichung des polizeilichen Erfolges treffen darf. Häufig enthält allerdings eine solche Anordnung tatsächlich ein Verbot des Gewerbebetriebes. Ein solches tatsächliches Verbot soll nach dem Oberverwaltungsgericht bereits auf Grund des § 10, II, 17 ALR. trotz der §§ 1, 143, I GO. zulässig sein. Die Untersagung des Gewerbebetriebes in dieser Form enthalte nämlich nicht das Verbot, die untersagte Tätigkeit wieder aufzunehmen. Nur die in den §§ 16, 24 GO. aufgeführten Anlagen könnten nach Maßgabe des § 51 GO., also nur bei „erheblicher“ Gefährdung untersagt werden[55]).

Dem Gewerbetreibenden selbst dürfte allerdings diese Begründung wenig einleuchten. Sein Gewerbebetrieb ist ihm tatsächlich unmöglich gemacht und die praktisch kaum erwähnenswerte Möglichkeit, formell den Betrieb wieder eröffnen zu können, ist ihm in Wahrheit tatsächlich verschlossen. Auch ist der Unterschied in der Behandlung der Anlagen der §§ 16, 24 GO. und der gewöhnlichen Anlagen nicht gerechtfertigt. Der Wortlaut des § 51 GO. bietet zu einer solchen willkürlich und unfruchtbar erscheinenden Unterscheidung keinen Anlaß. Ergeben sich in irgend einer Weise im Laufe des Betriebes Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit, so ist eine völlige Untersagung nur gemäß § 51 GO. bei erheblicher Gefährdung möglich[56]). Verletzt eine Anlage dagegen schon bei ihrer Einrichtung Reichs- oder mit reichsrechtlicher Ermächtigung erlassene landesrechtliche Bestimmungen, so handelt es sich nicht um eine

---

[55]) So insbesondere Reger 11, 361; 12, 254.

[56]) W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 480 Abs. 2.

„erlaubte“ gewerbliche Tätigkeit. Der Betrieb fällt dann also nicht unter die Bestimmungen der Gewerbeordnung und ist schlechthin untersagbar.

Kann jedoch eine polizeiliche Anordnung den erlaubten Gewerbebetrieb nicht unmittelbar schlechthin untersagen, so darf sie diesen Erfolg auch nicht mittelbar auf dem Umwege über die Ausübungsbeschränkung erreichen wollen. Ein solches Vorgehen würde, falls ihm nur dieser Zweck zu Grunde liegt, eine Umgehung des Gesetzes sein[57]).

Soweit eine zulässige polizeiliche Ausübungsbeschränkung allerdings nur als Nebenwirkung die Rentabilität des Unternehmens in Frage stellt, wird man sich nicht auf den Grundsatz der Gewerbefreiheit berufen können[58]). Die polizeiliche Anordnung muß aber zulässig sein, also auf gesetzlicher Grundlage beruhen und die anerkannten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts befolgen. Sie muß insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von polizeilichem Mittel und zu erreichendem Erfolg entsprechen. Hieraus folgt, daß die Wahl zwischen mehreren gleichwirksamen Mitteln dem Verpflichteten zustehen muß[59]).

Zusammenfassend ergeben sich aus den bisherigen Ausführungen folgende für die weiteren Erörterungen wesentliche Grundgedanken des deutschen Gewerberechts:

I. Das Recht auf Gewerbefreiheit des § 1 GO. ist ein subjektiv öffentliches Recht.

II. Sein äußerer Umfang erstreckt sich auf jede gewerbliche Tätigkeit, die unter die Gewerbeordnung fällt, und nicht ausdrücklich ausgenommen ist.

III. Unzulässig sind insbesondere, weil gegen den Inhalt des Grundsatzes der Gewerbefreiheit verstoßend:

a) alle Zulassungsbeschränkungen, soweit nicht reichsrechtlich angeordnet oder für das Landesrecht zugelassen;

b) rein gewerbepolizeiliche Ausübungsbeschränkungen;

---

57) Hoffmann, Grundrechtsk. III S. 153.

58) Korman, Einführung S. 86 Abs. 4.

59) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 422 f.; Korman, Einführung S. 355; Hoffmann GO. § 1 Anm. 1 Abs. 3.

c) allgemeinpolizeiliche Ausübungsbeschränkungen, soweit sie
   1. ein vom Reichsgesetzgeber abschließend geregeltes Gebiet betreffen;
   2. oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt wird;
   3. oder sie tatsächlich nicht nur eine Beschränkung der Ausübung, sondern für den Inhaber überhaupt ein Verbot des Betriebes bedeuten und die Anlage nicht schon bei ihrer Errichtung reichs- oder auf Grund reichtsrechtlicher Ermächtigung ergangenen landesrechtlichen Bestimmungen widersprach.

II. Teil.

Begriff und Arten der Monopolbetriebe.

§ 5. Begriff.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit ist, wie wir in dem vorhergehenden Teil gesehen haben, rechtlich und tatsächlich ziemlich weitgehenden Einschränkungen unterworfen worden. Diese Eingriffe in die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen erfolgen teilweise durch den Staat selbst, teilweise aber auch durch andere öffentlichrechtliche Verbände, insbesondere die Gemeinden als die berufenen Interessenvertreter der Allgemeinheit. Wie die Erfahrung lehrt, versuchen die Gemeinden im Bewußtsein der hierin liegenden wirtschaftlichen Macht ihr Uebergewicht zu benutzen, über die rechtlich bestimmten Grenzen hinaus immer größere Gebiete des Wirtschaftslebens an sich zu ziehen, und sich vor anderen Gewerbetreibenden bevorrechtete Stellungen zu verschaffen. In diesem Sinne kann man also unter Monopolen der Kommunalverbände nicht nur solche Vorrechte verstehen, kraft deren ein Gewerbebetrieb der Gemeinde ausschließlich vorbehalten ist. Von einem Monopol des Kommunalverbandes muß man in diesem Zusammenhange auch dann schon sprechen, wenn sich der Kommunalverband nur einen bestimmten, vielleicht kleinen Teil einer gewerblichen Tätigkeit ausschließlich vorbehalten hat. (Teilmonopol.)

§ 6. Arten.

I.

Nach ihrem Entstehungsgrund pflegt man die Monopole zunächst in zwei Hauptgruppen einzuteilen: rechtliche und tatsächliche Monopole.

a) Rechtliche Monopole.

Ein Monopol im Rechtssinne entsteht dann, wenn dem Staat oder den Gemeinden eine bestimmte Tätigkeit unmittelbar durch Gesetz vorbehalten und den Privaten deren Ausübung verboten wird[1]).

Diese rechtlichen Monopole können in sich wieder nach der Art ihrer Ausübung unterschieden werden.

1. Der Staat oder die Gemeinde üben das ihnen gesetzlich vorbehaltene Monopol auf eigene Rechnung und durch eigene Beamte aus. Von dieser Möglichkeit hat der Staat in weitestem Maße Gebrauch gemacht. Man denke z. B. nur an das Post-, Fernsprech- und Telegraphenwesen, das Banknotenmonopol usw. Auch die Gemeinden haben sich diese oft recht gewinnbringende Betriebsform nicht entgehen lassen und z. B. die gewerbsmäßige Abfuhr von Fäkalien, Müll, die Leichenbestattung und anderes unmittelbar durch Ortsstatut zu Gemeindemonopolen zu machen versucht[2]).

2. Eine weitere Ausnutzungsmöglichkeit solcher rechtlichen Monopole besteht in der Uebertragung an einen dritten gegenüber anderen allein berechtigten Unternehmer. Bei dem obigen Beispiel überträgt also die Gemeinde die grundsätzlich zunächst ihr allein vorbehaltene gewerbsmäßige Abfuhr und Verwertung der Fäkalien gegen eine bestimmte Entschädigung einem einzigen Unternehmer und verbietet allen anderen die Ausübung dieses Gewerbes.

3. Schließlich kann die Gemeinde solche Monopole auswerten, indem sie die Ausübung der monopolisierten Tätigkeit beliebig vielen Privatpersonen gestattet. Diese Konzessionsinhaber erhalten hierbei untereinander kein Monopol[3]). Dieses besteht vielmehr nur gegenüber dritten Ge-

---

[1]) Fleiner, Inst. S. 343.

[2]) Weitere Beispiele bei Landmann § 10 Anm. 2; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 385; Richter a. O. S. 75.

[3]) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 386 Abs. 2.

werbetreibenden, die nicht die Monopolkonzession von der Gemeinde erhalten haben. Diese Art der Monopolausnutzung erinnert an die Polizeierlaubnis, unterscheidet sich von ihr aber dadurch, daß die Gemeinde nach freiem Ermessen auch aus rein fiskalischen Gründen die Erlaubniserteilung versagen oder zurücknehmen darf. So versuchen zuweilen kommunale Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke Hausinstallationen zum Gegenstande einer solchen Konzession zu machen.

b) Tatsächliche Monopole.

Ein tatsächliches Monopol kann entstehen, ohne vom Gesetz begründet zu sein, auf Grund von Umständen, die außerhalb des Monopolbetriebes liegen[4]). Das tatsächliche Monopol ist also eine gewollte oder ungewollte Auswirkung irgend einer von dem betreffenden Betriebe unabhängigen Anordnung. Hier wird die freie Zulassung zum Gewerbebetrieb rechtlich in keiner Weise behindert. Im Gegensatz zu den Monopolen im Rechtssinne fehlt hier gerade die dort wesentliche Ausschließungsbefugnis Dritter. Als Beispiel eines tatsächlichen Monopols denke man etwa an die Einrichtung einer städtischen Mietbücherei, die, besser und billiger, den Betrieb einer privaten Mietbücherei tatsächlich unmöglich macht. Die Zulassung zum Gewerbebetrieb wird hierdurch in keiner Weise berührt.

Ihrer Wirkung nach teilt man die tatsächlichen Monopole in absolute und relative ein.

1. Für unsere Untersuchung sind die tatsächlichen Monopole absoluter Wirkung besonders zu beachten. Diese Monopole lassen nämlich scheinbar den Grundsatz der Gewerbefreiheit unberührt, führen aber in ihrer Wirkung tatsächlich ein Gewerbemonopol vollkommenster Art herbei. Der fragliche Gewerbebetrieb wird zwar nicht verboten, da er unter dem Schutz der Gewerbefreiheit steht. Auf der anderen Seite aber wird den einzelnen Gemeindemitgliedern unter Berufung auf das öffentliche Interesse auferlegt, sich ausschließlich des Gemeindeunternehmens zu bedienen. Diese Anordnungen bedeuten ihrer tatsächlichen Wirkung nach eine starke Beeinträchtigung der Gewerbefreiheit. Man könnte wohl meinen, solche Monopole seien

---

[4]) Fleiner, Inst. S. 342 ff.

nur eine Umgehung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit. Deshalb ist es auch höchst zweifelhaft, ob sie, worauf im III. Teil näher eingegangen werden soll, für zulässig zu halten sind[5]).

Schließlich entstehen Monopole tatsächlicher Art auch dann, wenn die Gemeinde als Grundstückseigentümerin allen privaten Gewerbetreibenden verbietet, gewerbliche Handlungen auf den Gemeindegrundstücken vorzunehmen. So sind z. B. kommunale Verkehrsmonopole entstanden, indem die Gemeinde als Eigentümerin der Straßenfläche keinem anderen Verkehrsunternehmen das Legen der Schienen gestattete. Den privaten Verkehrsunternehmen ist damit der Boden für ihre Tätigkeit entzogen. Aehnliche Monopole haben sich die Gemeinden bei Versorgung der Stadt mit Gas, Wasser, Elektrizität usw. geschaffen. Eine besondere Stellung nehmen die öffentlichen Friedhöfe ein. Das Eigentum an ihnen steht zwar grundsätzlich der Gemeinde zu, ist aber durch die öffentlichrechtliche Bestimmung des Friedhofs in bestimmter Weise beschränkt. Auch hier haben die Gemeinden kommunale Bestattungsmonopole zu schaffen versucht, indem privaten Unternehmern verboten wurde, den Friedhof zu befahren.

Bei diesen Arten von Monopolen kann, soweit sie überhaupt rechtlich zulässig sind, die Gemeinde ebenfalls das Monopol durch ihre eigenen Beamten oder durch einen Unternehmer ausüben lassen. Daß ein solcher Unternehmer nicht etwa kraft eignen Rechts eine solche Monopolstellung einnimmt, zeigt sich vor allem darin, daß die Gemeinden sich meist ein gewisses Mitbestimmungsrecht, Aufsichtsrecht, Rückkaufrecht oder ähnliches vorbehalten.

2. Ein tatsächliches Monopol relativer Wirkung kann endlich dann entstehen, wenn die Gemeinde auf jede Gewinnerzielung aus dem Unternehmen verzichtet. Hierdurch wird dem privaten Gewerbetreibenden häufig der Wettbewerb wirtschaftlich unmöglich gemacht. So finden wir kommunale Straßenbahnen, Volksküchen, Lesehallen, Theater usw., die als gemeinnützige Anstalten ohne jede Gewinnerzielung arbeiten. Ein solches relatives Monopol liegt ferner auch dann vor, wenn die Gemeinde es einem privaten Unternehmer durch Unterstützungen geldlicher oder

[5]) W. Jellinek, Gesetz S. 295; Verwaltungsrecht S. 423.

anderer Art ermöglicht, bedeutend billiger als alle anderen Gewerbetreibenden zu arbeiten. Auf diese Weise wird den anderen Gewerbetreibenden der Betrieb wirtschaftlich erschwert und eingeengt, ohne daß die Gemeinde sich auf ein Hoheitsrecht oder ihr Eigentum an bestimmten Grundstücken beruft. Der Einzelne wird zwar nicht absolut am Gewerbebetrieb verhindert, aber relativ, denn es lohnt sich für ihn nicht mehr.

Auch unter der Herrschaft des Grundsatzes der Gewerbefreiheit kann weder der Gemeinde noch irgend einer Privatpersonen verwehrt werden, ihre Arbeitsleistung unter Verzicht auf Gewinn besonders billig anzubieten. Nicht zu verkennen ist allerdings, daß gerade Monopole dieser Art leicht parteipolitisch mißbraucht werden können.

II.

Zu einer anderen Einteilung der Monopole kommt man von dem Gesichtspunkt aus, welcher Beweggrund den Staat oder Kommunalverband zu ihrer Einführung veranlaßt hat. Man unterscheidet somit Finanzmonopole und Monopole im öffentlichen Interesse.

a) Finanzmonopole, auch fiskalische Unternehmungen der Gemeinden genannt, sind Monopole, die nicht im öffentlichen Interesse der Gesundheit und Ordnung des Gemeinwesens, sondern vorwiegend im Interesse der Gemeindefinanzen eingeführt sind.

Ob diese Unternehmungen dem öffentlichen oder dem Privatrecht unterstehen, ist aus der Art ihres Betriebes im Einzelfall zu entnehmen[6]).

Da bei der Einführung von Monopolbetrieben oft mehrere Beweggründe eine Rolle spielen, ist es im einzelnen häufig recht schwer, eine genaue Scheidung vorzunehmen. Ausschlaggebend dürfte auch hier die überwiegend hervortretende rechtliche Ausgestaltung sein.

b) Den Finanzmonopolen gegenüber stehen die Monopole im öffentlichen Interesse. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist nach der positivrechtlichen Seite schwer festzustellen und umstritten. Für unsere Arbeit gewinnen wir ihn zweckmäßig aus der Gegenüberstellung von „öffent-

---

[6]) Vgl. Korman, in Stengel-Fleischmanns Wörterb. Art. öff. Anst. § 1; Einführung S. 40, 41.

lichem“ und „fiskalischem“ Interesse. So unterscheiden wir auf der einen Seite rein gewerbliche Monopolbetriebe, auf der anderen Seite Monopolbetriebe als Auswirkung des Hoheitsrechts des Staates oder der Gemeinden auf polizeilichem Gebiet, z. B. Gesundheits-, Feuer- und Straßenpolizei[7]). Solche polizeilichen Anordnungen können tatsächlich einen privaten Gewerbebetrieb unmöglich machen und ein Gemeindemonopol schaffen, ohne daß die Gemeinde irgendwelche geldlichen Interessen dabei im Auge hat. Solche öffentlichen Unternehmungen sind allerdings dann keine gewerblichen Unternehmen im Sinne der Gewerbeordnung mehr. Aus diesem Gesichtspunkt heraus unterscheidet die Verwaltungsrechtswissenschaft auch zwischen gewerblichen Unternehmen und öffentlichen Veranstaltungen des Staates oder der Gemeinden. Die letzteren sind von der Herrschaft der Gewerbeordnung ausgenommen[8]).

III. Teil.

Zulässigkeit und Unzulässigkeit der einzelnen Monopolbetriebe nach § 1 der Reichsgewerbeordnung.

§ 7. Die rechtlichen Monopole.

Wie im I. Teil der Arbeit dargelegt, ist im wesentlichen eine Abweichung vom Grundsatz der Gewerbefreiheit zu Gunsten des Staates oder der Kommunalverbände nur kraft reichsgesetzlicher Regelung oder reichsgesetzlicher Ermächtigung der Landesgesetzgebung zulässig. Von dieser Freiheit hat der Staat für sich oder zu Gunsten der Länder bezw. Gemeinden häufig Gebrauch gemacht. Eine ganze Reihe kraft des Grundsatzes der Gewerbefreiheit an sich jedermann zugänglicher Tätigkeiten ist der Betriebsamkeit des einzelnen Gewerbetreibenden zu Gunsten bestimmter Verwaltungsbehörden entzogen.

So hat sich der Staat das Recht, Münzen zu schlagen (Münzregal), Banknoten zu prägen (Banknotenprivileg), die Beförderung von Briefen und Paketen, Uebermittlung

---

[7]) Fleiner, Inst. S. 326 f.

[8]) Fleiner. Inst. S. 328; Korman in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch Art. öff. Anst. § 4.

von Telegrammen und anderes auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Anordnungen ausschließlich vorbehalten. Hier sei auch das preußische Lotterieregal als anschauliches Beispiel eines landesgesetzlichen Monopols genannt. Der Staat ist nämlich in Preußen allein berechtigt, eine öffentliche Lotterie zu betreiben. Seine reichsrechtliche Grundlage findet diese Regelung in dem gesetzlichen Vorbehalt des § 6 RGO., wonach die in dieser Bestimmung aufgezählten Tätigkeiten der Gewerbeordnung, also auch dem Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht unterstehen. Auf der gleichen Voraussetzung fußend, hat die Landesgesetzgebung in Preußen auf gewissen vom Staat erbauten Kanälen ein staatliches Schleppmonopol eingeführt, sowie z. B. den Unterhalt von Fähren, Kanälen und Hafenanlagen dem Staat oder den Gemeinden vorbehalten. Dem Staat oder den Gemeinden steht weiter allein die Errichtung und der Betrieb öffentlicher Schulen zu[1]).

Die so geschaffenen rechtlichen Monopole bieten für unsere Untersuchungen wenig Besonderes. Der Tatbestand liegt meist ziemlich klar. Es wird sich regelmäßig ohne besondere Schwierigkeiten feststellen lassen, ob für ein solches rechtliches Monopol eine reichsgesetzliche Grundlage vorhanden ist.

Gegen die Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit solcher Monopole im Hinblick auf den § 1 GO. dürften nach den bisherigen Darlegungen kaum Bedenken bestehen. Alle diese Monopole beruhen entweder unmittelbar auf Reichsgesetzen oder sind auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung — auch die Ausnahme bestimmter Tätigkeiten im § 6 GO. von diesen Bestimmungen stellt eine solche Ermächtigung dar — erlassene Landesgesetze. Demgegenüber muß aber, wie wir im I. Teil der Arbeit gesehen haben, die Berufung privater Gewerbetreibenden auf den Grundsatz der Gewerbefreiheit versagen.

Ein rechtliches Monopol haben die Gemeinden ferner von sich aus dadurch zu schaffen versucht, daß sie durch Gemeindesatzungen die Ausübung bestimmter gewerblicher Tätigkeiten allen privaten Gewerbetreibenden ausdrücklich verboten haben. So ist insbesondere die Fäkalien- und

---

[1]) Vgl. hierzu Fleiner, Inst. S. 343, 344 ff., Anm. 9, 15, 16, 17 mit eingehenden Literaturangaben; O. Mayer I, S. 366, 3.

Müllabfuhr in einigen Gemeindebezirken unter Berufung auf den § 11 östlicher Städteordnung unmittelbar untersagt worden[2]).

Eine solche Regelung ist sicher mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit unvereinbar. Es braucht in diesem Zusammenhange gar nicht auf die umstrittene Frage eingegangen werden, ob diese Gemeindebetriebe, als überwiegend im öffentlichen Interesse liegend, überhaupt keine Gewerbebetriebe im Sinne der Gewerbeordnung sind und daher auch ihren Bestimmungen nicht unterliegen[3]). Nimmt man selbst solche Tätigkeiten der Gemeinden, was kaum allgemein gerechtfertigt sein dürfte, von dem Geltungsbereich der Gewerbeordnung aus, so trägt eine solche Ausnahme doch nur den einzelnen Gemeindebetrieb als solchen, ließe ihn aber in seiner Beziehung zu den anderen privaten Gewerbebetrieben unberührt. Die Betriebsart als solche unterliegt in ihrer Gesamtheit auch weiterhin der Gewerbeordnung. Betreibt also der einzelne Unternehmer ein solches Gewerbe, so genießt sein Betrieb den Schutz des § 1 GO. Eine unmittelbare Untersagung dieses Gewerbebetriebes nur durch Gemeindesatzung oder nur durch Polizeiverordnung würde also den Grundsatz der Gewerbefreiheit verletzen[4]). Ob die weiteren Versuche der Gemeinden, dasselbe Ziel auf anderen Wegen zu erreichen, rechtlich durchführbar sind, wird weiter unten bei der Erörterung der tatsächlichen Monopole zu prüfen sein.

Es bleibt noch die Frage offen, wie Staat oder Gemeinde solche rechtlichen Monopole verwerten dürfen. Müssen sie diese stets selbst ausüben, oder dürfen sie ihre Ausnutzung auch privaten Unternehmern übertragen? Die Lösung ergibt sich aus dem Zweck, der mit der Einrichtung solcher Monopole verfolgt wird. Der Staat hält die monopolistisch geregelten Tätigkeiten im allgemeinen Interesse für so wichtig, daß er ihre Ausübung nicht dem mehr oder weniger verantwortungsbewußten Unternehmungsgeist einzelner Bürger anvertrauen zu können glaubt. Aus dieser Zweckbestimmung folgt also als Regel: Grundsätzlich dürfen die Verwaltungsbehörden die monopolisierte Tätigkeit

---

2) Vgl. Reger 13 S. 116.

3) Müller, Bl. f. Adm. Pr. 59, S. 53 ff.

4) Landmann a. O. S. 78, 79; Kinne, Autonomie S. 272, 275.

nur mit ausdrücklicher Ermächtigung Privatpersonen zur Ausübung übertragen. Weiter wird aber die Zulässigkeit einer solchen Uebertragung davon abhängig zu machen sein, ob durch sie das Gemeininteresse, z. B. Sicherheit und Ordnung bei der Eisenbahn oder auf öffentlichen Verkehrswegen, dem Sinne des Monopols entsprechend geschützt wird. Häufig behalten sich daher die Verwaltungsbehörden bei der Verleihung der Ausnutzung eines solchen Monopols einen bestimmenden Einfluß in Form von Aufsichts- oder anderen Mitbestimmungsrechten bei Betrieb und Verwaltung vor. Sind alle diese Voraussetzungen gewahrt, so dürfte gegen die Weiterverleihung dieser Monopole an einen oder mehrere Privatunternehmer zwecks Ausnutzung kein Bedenken bestehen.

Mit der Uebertragung des Ausnutzungsrechts des Monopols (Konzession) wird dem Einzelnen von der Behörde ein Recht — allein oder mit anderen zusammen — zur Ausübung der Tätigkeit in der im Monopol ausgesprochenen Form verliehen. Zu erwähnen ist hier als Beispiel die Eisenbahnkonzession[5]). Noch heute kann der Betrieb von Bahnen bestimmter Art privaten Unternehmern überlassen werden. Desgleichen gehört hierher die sogenannte Fährkonzession und anderes[6]).

Staat oder Gemeinden haben also unter gewissen Voraussetzungen zwar die Möglichkeit, rechtliche Monopole durch Konzessionierung auszunutzen, sind aber im allgemeinen nicht dazu verpflichtet. Es steht ihnen vielmehr frei, das Monopol in eigene Verwaltung zu nehmen oder es zu verleihen. Hieraus folgt weiter, daß der Privatunternehmer gemeinhin kein Recht auf Erteilung einer solchen Konzession hat.

Das Gesetz kann allerdings wiederum in bestimmten Fällen ausdrücklich anordnen, daß der einzelne Bürger bei Erfüllung gewisser Bedingungen einen Anspruch auf Erteilung der Konzession haben soll. Eine solche Vorschrift wird jedoch nur selten zu finden sein. Dem Zweck der rechtlichen Monopole entspricht es mehr, wenn die Verwaltungsbehörden von Fall zu Fall nach freiem Ermessen und

---

5) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 508 f.; O. Mayer II, S. 439.

6) Fleiner, Inst. S. 346 ff.; vgl. auch Reichsges. v. 25. 6. 73 und 3. 1. 1920 bzgl. der Privateisenbahnen.

unter Berücksichtigung aller Umstände über die Art der Monopolausnutzung entscheiden können. Ein Beispiel für ein Recht auf Uebertragung der Ausnutzung eines rechtlichen Monopols bietet der § 2 des Reichsgesetzes über das Telegrafenwesen von 1892. Hiernach muß der Gemeinde unter bestimmten festumgrenzten Voraussetzungen eine Telegrafen- oder Fernsprechkonzession erteilt werden[7]).

Rechtliche Monopolbetriebe der Länder oder der Gemeinden können nicht kraft eigenen Hoheitsrechts geschaffen werden, sondern beruhen stets unmittelbar oder mittelbar auf Reichsrecht. Sie werden grundsätzlich von der in Frage kommenden Behörde selbst ausgeübt, können aber unter bestimmten Voraussetzungen zur Ausnutzung an Privatunternehmer übertragen werden.

§ 8. Die tatsächlichen Monopole.

Wesentlich schwieriger ist die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit solcher Anordnungen, die, ohne sich auf reichsrechtliche Bestimmungen stützen zu können, ihrer Wirkung nach eine mehr oder weniger umfangreiche ausschließliche Gewerbeberechtigung zu Gunsten eines Kommunalverbandes begründen. Die bei unseren Verwaltungsbehörden zuweilen stark hervortretende Neigung, allein in der Uebernahme eines Unternehmens in die öffentliche Verwaltung des Staates oder der Gemeinden das Mittel zur Herbeiführung einer dem Gemeininteresse dienenden Abwicklung dieser Tätigkeiten zu sehen, hat auch im Bereiche der einzelnen Gemeinden eine ständig wachsende Zahl von Gemeindebetrieben monopolartiger Wirkung entstehen lassen. Hiermit soll allerdings durchaus nicht gesagt sein, daß bei allen diesen Unternehmungen nun immer der Haupt- oder auch nur Nebenzweck die Schaffung tatsächlicher Monopole wäre.

Um zu einer für unsere Untersuchungen brauchbaren übersichtlichen Darstellung der einzelnen Monopolbetriebe zu kommen, sollen zunächst die tatsächlichen Monopole relativer Wirkung auf ihre rechtliche Zulässigkeit untersucht werden. Sodann ist auf die tatsächlichen Monopole absoluter Wirkung einzugehen, die ihrerseits wieder nach der

---

[7]) Fleiner, Inst. S. 346 Anm. 18.

Art ihrer Entstehung — Berufung auf Eigentum oder auf öffentliches Interesse — zu prüfen sind.

1. Die tatsächlichen Monopole relativer Wirkung.

Wie in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre, so wird in der Praxis allgemein anerkannt, daß den deutschen Gemeinden grundsätzlich jede gewerbliche Tätigkeit offen steht, die ein privater Unternehmer ausüben kann. Die Gemeinden können also neben rein gemeinnützigen Anstalten auch gewerbliche Betriebe im Wettbewerb mit anderen Gewerben einrichten und unterhalten[8]). Da jeder einzelne Gewerbetreibende seine Waren so billig absetzen kann, wie es ihm etwa durch Verzicht auf hohen oder überhaupt auf Gewinn möglich ist, und die Gemeinden als gewerbliche Unternehmer im allgemeinen keinen Ausnahmebestimmungen unterliegen, so können sie sich im Rahmen der Wettbewerbsbestimmungen genau wie ein Privater in jeder Richtung frei betätigen.

Gibt also z. B. in einem kleinen Ort eine Gemeindeschlächterei ihre Waren zum Selbstkostenpreis unter Verzicht auf Verdienst ab, und wird hierdurch jeder Wettbewerb auf Verdienst angewiesener Privatpersonen unmöglich gemacht, so können sich trotzdem die Inhaber jener mangels Verdienstmöglichkeit zur Einstellung gezwungenen Betriebe nicht auf den Grundsatz der Gewerbefreiheit berufen.

Hier ist nämlich die Schließung der privaten Gewerbeunternehmen nicht unmittelbar erzwungen worden, sondern nur eine Folge des gerade auf dem Grundsatz der Gewerbefreiheit beruhenden freien Wettbewerbs eines wirtschaftlich Stärkeren[9]). Ob dieser Gegner nun irgend ein privater Unternehmer oder zufällig ein als privater Gewerbetreibender mit den anderen auf gleicher Stufe stehender Kommunalverband ist, dürfte gleichgültig sein.

Erst recht steht es natürlich den Gemeinden frei, irgend einen ihnen geeignet erscheinenden privaten Gewerbebetrieb

---

[8]) Müller, Bl. f. Adm. 59, S. 72; Kinne, Autonomie S. 273; Richter a. O. S. 82, 83 f.; Genzmer a. O. S. 184 f.

[9]) RG. im Recht 1915 Nr. 312; 1911 Nr. 3647. Vgl. auch Genzmer, a. O. S. 177.

durch Hingabe von Geldmitteln, Bereitstellung geeigneter Räume usw. wirtschaftlich so zu kräftigen, daß jeder Wettbewerb anderer aussichtslos erscheint. In dieser Weise unterstützen die Gemeinden vielfach private Theaterunternehmungen, Bibliotheken und ähnliche Betriebe, wobei sie sich zugleich einen gewissen Einfluß auf das Unternehmen sichern[10]). Auch demgegenüber muß die Berufung auf den Grundsatz der Gewerbefreiheit versagen. Man hat gemeint, es könne unmöglich Aufgabe der Gemeinden sein, als wirtschaftliche Macht in den freien Wettbewerb einzugreifen. Allein kein preußisches Gesetz zieht der Wirksamkeit der Gemeinden in dieser Richtung eine Schranke. Den Gemeinden liegt allgemein die Pflege der sittlichen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Angehörigen ob[11]). Dazu gehört aber jede Tätigkeit, die in irgend einer Richtung die Wohlfahrt der Bürger mittelbar oder unmittelbar zu fördern bestimmt und geeignet ist.

Wenn also in neuester Zeit der wohl größte Kommunalverband Deutschlands, die Stadtgemeinde Groß-Berlin, dem privaten Theater-Unternehmen der Volksbühne e. V. städtische Darlehen zur Verfügung gestellt hat, so dürften die hiergegen aus dem Gesichtspunkt der Gewerbefreiheit vorgebrachten Bedenken kaum durchgreifen. Der Zweck einer solchen Unterstützung ist einerseits die Verbilligung des Theaterbesuchs für jeden dem Unternehmen sich anschließenden Bürger, zugleich aber auch der der Sicherung eines Einflusses der Stadt auf den Spielplan. Selbst wenn also andere Theaterunternehmer durch die vielleicht erst infolge der städtischen Unterstützung ermöglichten niedrigen Eintrittspreise unter einer starken Abwanderung ihrer Besucher zu leiden haben, ja, im einzelnen Falle sogar zur Schließung ihres Theaters mangels Gewinnmöglichkeiten gezwungen sein sollten, könnten sie sich — hier nur unter Beschränkung auf die gewerberechtlichen Gesichtspunkte betrachtet — nicht dagegen wehren. Dies selbst dann nicht, wenn die Stadt aus der Beteiligung an solchen Unternehmen erheblichen Gewinn zöge. Denn auch die Erzielung

---

[10]) Vgl. Richter a. O. S. 81, 86; Genzmer a. O. S. 170 ff.; insbesondere S. 179 f.

[11]) Vgl. OVG. 13 S. 89

von Gewinn dient der Hebung der Wohlfahrt der Bürger und kommt letzten Endes diesen wieder zugute[12]).

Ob also in diesem Zusammenhange die zu einer etwaigen Monopolbildung führende Betätigung der Gemeinde vorwiegend fiskalischen oder öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt ist, macht keinen Unterschied.

2. Die tatsächlichen Monopole absoluter Wirkung.

a) Berufung auf öffentliches Interesse.

In dem I. und II. Teil dieser Arbeit ist bereits wiederholt angedeutet worden, daß im deutschen und preußischen Verwaltungs- und Staatsrecht die sogenannten Ermächtigungen zu Gunsten von Verwaltungsbehörden und von Gemeinden große Bedeutung haben. Hervorgehoben sei schon hier besonders die Ermächtigung der Stadtgemeinden auf Grund der Städteordnungen zur ortsstatutarischen Regelung alles dessen, was zu den „Angelegenheiten der Stadtgemeinde" gehört[13]), auf der anderen Seite der Polizei zum Einschreiten im öffentlichen Interesse auf Grund des § 10, II, 17 ALR. und des Gesetzes vom 11. März 1850.

Die Gesetzgebung hat die Abgrenzung des öffentlichen Interesses nicht von sich aus abschließend vorgenommen, sondern in Form dieser Ermächtigungen nur den äußeren Rahmen gegeben. Diesen Rahmen auszufüllen, ist die Aufgabe der ermächtigten Gemeinden oder der Polizei und Verwaltungsbehörden. Mit dieser den einzelnen Behörden verliehenen Machtfülle ist unverkennbar eine gewisse Gefahr verbunden, die noch dadurch gesteigert wird, daß den Gemeinden zumeist auch die Handhabung der Ortspolizeigewalt mitübertragen ist. Der Wunsch, eine gewisse Tätigkeit im Interesse des Gemeindesäckels ausschließlich der Gemeinde vorbehalten zu können, wird nur allzu leicht der Vater des Gedankens werden, die Ausübung dieser Tätigkeit durch Private im Hinblick auf das angebliche polizeiliche Interesse trotz des § 1 GO. zu untersagen.

---

[12]) Vogt a. O. S. 97.

[13]) Vgl. z. B. § 11 östl. Städte-O.; § 10 Rhein. Städte-O. von 1856.

Im Rechtsstaat ist deshalb als dritte Stelle die Gerichtsbarkeit, insbesondere die Verwaltungsgerichtsbarkeit, eingeschoben worden. Aufgabe der Gerichte ist es, die Verwaltungsbehörden bei der Erfüllung dieser Aufgaben im Rahmen der sonstigen Gesetzgebung zu überwachen und offenbaren Ermessensmißbrauch bei der Auslegung solcher Ermächtigungen zu verhüten.

Wenn also eingangs gesagt worden ist, die Zulässigkeit gemeindlicher Monopolbetriebe im Hinblick auf den Grundsatz der Gewerbefreiheit solle im wesentlichen an Hand höchstgerichtlicher Entscheidungen geprüft werden, so ergibt sich die Rechtfertigung eines solchen Verfahrens schon daraus, daß gerade die zweifelhaften Grenzfälle meist gerichtlicher Beurteilung unterliegen werden.

Bei der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit solcher tatsächliche Wirtschaftsbeschränkungen Einzelner nach sich ziehenden Anordnungen ist davon auszugehen, daß im allgemeinen das Interesse des einzelnen Bürgers den Belangen der Gesamtheit nachzustehen hat. Diesen Grundgedanken auch der älteren Staats- und Verwaltungsrechtslehre finden wir schon in den Bestimmungen der §§ 74, 75 ALR. Einleitung. Diese Bestimmungen verpflichten den Staat ausdrücklich zur Entschädigung desjenigen, „welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird".

Uebernimmt der Staat eine bisher ausschließlich privater Regsamkeit überlassene Aufgabe rechtsgültig selbst, so ist diese damit grundsätzlich dem ganzen Rechtskreis des Einzelwesens entzogen. Denn „die Herrschaft des Einzelrechts endet an dem Machtbereich des Staats[14])".

Das gleiche gilt auch für die Gemeinden, die rechtsgültig gemäß der staatlichen Ermächtigung einen Gewerbebetrieb selbst ausschließlich übernommen haben. Die Entscheidung, ob eine solche Maßnahme rechtsgültig, also wirksam erfolgt ist, muß in jedem einzelnen Fall nach den besonderen Umständen getroffen werden.

Die Grundlage für Anordnungen dieser Art bildet der § 11 der Städteordnung[15]), wonach durch Gemeindesatzung

---

[14]) Fleiner, Einzelrecht S. 37 Anm. 2.

[15]) Soweit nichts anderes erwähnt, ist stets die östliche Städteordnung als die in Preußen wichtigste gemeint.

(Ortsstatut) alles geregelt werden kann, was zu den „Angelegenheiten der Stadtgemeinde" gehört[16]).

Was nun eigentlich insbesondere zu solchen Angelegenheiten der Stadtgemeinde zu rechnen ist, bleibt der Auslegung und wirtschaftlichen Entwicklung überlassen. Das Oberverwaltungsgericht versteht darunter solche Angelegenheiten, welche unmittelbar das Interesse der gesamten Bürgerschaft einer Stadt berühren; Angelegenheiten, bei welchen es sich um einen höchst lokalen Charakter handelt und bei denen die Stadtgemeinde als solche, als juristisches Ganzes beteiligt ist.[17])

In der Tat sind wohl als wesentliche Merkmale der Gemeindeangelegenheiten das unmittelbare Interesse des einzelnen Bürgers an der betreffenden Einrichtung und die Beteiligung der Stadtgemeinde als solche anzusprechen. In diesem Rahmen sind jedoch der gemeindlichen Förderung des öffentlichen Wohles keine Grenzen gezogen. Es herrscht der Grundsatz der „Universalität der Gemeindezwecke[18])". Die Gemeinden dürfen demnach alle diejenigen dem örtlichen Bedürfnis entspringenden Aufgaben erledigen, die nicht schon einer anderen Stelle mit rechtlicher Wirkung übertragen worden sind[19]).

Ein solcher Eingriff der Gemeinde in das freie Wirtschaftsleben ist wohl zu unterscheiden von einem Einschreiten polizeilicher Art etwa in Form einer Polizeiverordnung. Die Gemeinde hat bei Erklärung irgend einer Aufgabe zu einer Gemeindeangelegenheit besonders das Interesse der einzelnen Bürger und die Förderung ihrer Wohlfahrt zu beachten, während wir eine sogenannte reine Wohlfahrtspolizei nicht kennen. Eine polizeiliche Anordnung hat sich vielmehr in den bekannten im öffentlichen Interesse gezogenen Grenzen zu halten und muß sich stets als eine besondere sitten-, gesundheits-, baupolizeiliche oder ähnliche Maßnahme rechtfertigen lassen.

Das zunächst rein private Gewerbeunternehmen einer Gemeinde wird mit der Erklärung zu einer Gemeindeangelegenheit eine öffentliche Anstalt insbesondere dann,

---

[16]) Vgl. Kinne, Autonomie S. 136.
[17]) OVG. 13 S. 92.
[18]) Wittmayer a. O. S. 124, 135.
[19]) Peters, Grenzen S. 55, 4, a.

wenn sich in der ortsstatutarischen Anordnung die Begründung eines allgemeinen Zulassungszwanges findet[20]).

Wenn aber auch die Gemeinde hierdurch verpflichtet ist, jedem Bürger die Teilnahme zu gestatten, so ist dieser selbst damit noch nicht zur Teilnahme gezwungen. Ein solcher Anschlußzwang kann wiederum nur durch eine besondere polizeiliche Anordnung unter gewissen Umständen herbeigeführt werden. Voraussetzung hierfür ist, daß die Gemeindesatzung auch wirklich jedem Bürger zu angemessenen Bedingungen die Möglichkeit der Teilnahme bietet und ein besonderes polizeiliches Interesse einen solchen allgemeinen Anschlußzwang rechtfertigt[21]).

Bei der Prüfung der Zulässigkeit des polizeilichen Anschlußzwangs sind nicht nur die besonderen Grundsätze des Gewerbepolizeirechts zu beachten. Es müssen selbstverständlich auch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts über den Umfang polizeilicher Anordnungen überhaupt innegehalten werden, wie oben Seite 20 dargelegt worden ist. Die Prüfung, ob in jedem Fall gerade der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt worden ist, insbesondere bei gleichwertigem polizeilichen Mittel die Wahl dem Verpflichteten überlassen wurde, tritt in der Rechtssprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Kammergerichts, wie weiter unten gezeigt werden soll, stark in den Hintergrund. Und doch müßte eine solche polizeiliche Anordnung, falls wenigstens bestimmte Privatbetriebe den polizeilichen Ansprüchen ebenfalls genügten, wegen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für unzulässig erklärt werden[22]).

In Preußen darf nach dem Schlachtvieh- und Fleischbeschaugesetz vom 3. Juni 1900 gemäß § 20 die Gemeinde, die ein öffentliches Schlachthaus besitzt, durch Gemeindesatzung anordnen, daß alle Schlachtungen und gewisse damit zusammenhängende Verrichtungen nur im Gemeindeschlachthaus vorgenommen werden dürfen. Die Ermächtigung zu solcher Anordnung findet die Landesgesetzgebung im § 23 Abs. 2 GO.[23]).

---

[20]) Korman, Einführung S. 41; Kinne a. O. S. 273.

[21]) Vgl. KG. I 41, 397 ff.; RVerwBl. 49 S. 354 f.

[22]) Vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 423.

[23]) Hatschek a. O. S. 245; Fleiner, Inst. S. 412.

Eine Polizeiverordnung, die die Ablieferung gefallener Tiere an eine auf Grund des Ortsstatuts als Gemeindeanstalt errichtete kommunale Kadaververwertungsanstalt vorschreibt, ist vom Kammergericht für gültig erklärt worden, sofern die Gemeinde die ortsstatutarische Verpflichtung zur Annahme und Verwertung der Kadaver übernommen habe. Das Gesetz vom 31. Mai 1858 (§ 1, IV, 2) beziehe sich, da bei Erlaß des Gesetzes nur Zwangs- und Bannrechte zu gewerblichen Zwecken bestanden, allein auf diese. Es stehe also einem aus § 11 Städte-O., 6f des Gesetzes vom 11. März 1850 und dem § 10, II, 17 ALR. zu erlassenden Gebot, gefallene Tiere ausschließlich einer städtischen Fleischvernichtungsanstalt zuzuführen, ebensowenig entgegen, wie der § 7 GO. denjenigen Bestimmungen, welche die Zuführung der Abfallstoffe an eine hierzu eingerichtete städtische Anstalt vorschrieben. Die Polizeiverordnung beträfe auch nur die Verwertung gefallener Tiere, verstieße also nicht gegen die §§ 9, 24 des Fleischbeschaugesetzes. Dieses beziehe sich vielmehr nur auf die zur Schlachtung gelangenden Tiere und deren Fleisch[24]).

Desgleichen hat das Oberlandesgericht Rostock eine solche Regelung durch Polizeiverordnung auf Grund eines Ortsstatuts für zulässig erklärt. Wenn den interessierten Gemeindegliedern die Benutzung der Gemeindeanstalt zur Pflicht gemacht werde, so werde allerdings allen anderen die Ausübung des Gewerbes tatsächlich unmöglich gemacht. Trotzdem verstoße ein solches Vorgehen nicht gegen die Gewerbeordnung. Die Stadt Rostock habe durch Ortssatzung den Abdeckereibetrieb zu einer städtischen Angelegenheit gemacht. Damit sei diese dem Bereich gewerblicher Tätigkeit entzogen worden. Der Rat der Stadt habe sich insbesondere Einfluß auf die Verwaltung der Anstalt gesichert. Dieser Betrieb erscheine daher als der städtischen Verwaltung eingeordnet. Die Ausübung dieser Tätigkeit sei auch nur einer bestimmten Abdeckerei übertragen worden, ohne daß aber dieser ein unmittelbar gegen die Einwohner gerichteter Anspruch gewährt werden sollte[25]).

Beide Entscheidungen heben besonders hervor, die Polizei könne nicht dem Abdecker einfach den Weiterbetrieb

---

[24]) Reger 30 S. 381.

[25]) Mecklenburgische Zeitschrift 25 S. 109.

seiner Abdeckerei verbieten. Eine solche Anordnung verstoße gegen die §§ 7, 10 GO. und verletze den Grundsatz der Gewerbefreiheit.

Vorstehenden Entscheidungen wird man durchaus zustimmen müssen. Die Schaffung gemeindlicher Schlachthäuser und Abdeckereien liegt im Interesse aller Einwohner und kann daher durch Ortsstatut zu einer Gemeindeangelegenheit gemacht werden. Wesentlich ist insbesondere, wie das Oberlandesgericht Rostock zutreffend hervorhebt, daß die Gemeinde sich nun auch zur Vornahme der betreffenden Tätigkeit jedermann gegenüber verpflichtet. Nur auf dieser Grundlage fußend, kann im gesundheits- und sanitätspolizeilichen Interesse ein derartiger Anschlußzwang eingeführt werden. Das unmittelbare Verbot eines Abdeckereibetriebes würde dagegen dem Grundsatz der Gewerbefreiheit zuwiderlaufen. Selbst wenn bei einem bestimmten Betriebe sich gesundheitliche Gefahren für die Allgemeinheit gezeigt haben, rechtfertigte dies nicht ein völliges Verbot. Nach dem im I. Teil erwähnten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könnte die Polizei nur die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes verlangen.

Hier sei gleich ein Bedenken erwähnt, daß für alle Untersuchungen dieser Fragen von Bedeutung ist. Eine Handlung darf nicht gegen die allgemeingeltende Anschauung der Rechtsgenossen oder, wie man auch zu sagen gewöhnt ist, gegen die guten Sitten verstoßen. Dieser Satz bildet eine Grundlage der ganzen Ordnung eines Rechtsstaates, darf also sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht nicht außer acht gelassen werden. Hiervon ausgehend, hält man eine Tätigkeit, die nur den Zweck haben kann, ein Gesetz zu umgehen, für sittenwidrig und damit für nichtig. Man hat nun gemeint, eine solche ortsgesetzliche und polizeiliche Anordnung diene ja gerade der Umgehung des reichsgesetzlich anerkannten Grundsatzes der Gewerbefreiheit und sei deshalb unbeachtlich.

Diesen Erwägungen wird man jedoch im allgemeinen nicht folgen können. Gestattet irgend ein Gesetz jemandem ein bestimmtes Handeln, so kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er sich dieses Rechts bedient, selbst in der erkennbaren Absicht, damit noch einen anderen persönlichen Zweck zu erreichen. Von einer Sittenwidrigkeit im Sinne des erwähnten allgemeinen Rechtsgedankens

kann man nur sprechen, falls der alleinige Zweck der Wahl gerade dieses Weges nur die Umgehung einer gesetzlichen Bestimmung sein kann, nicht aber schon dann, wenn dies nur miterstrebt wird[26]). In unseren Fällen wird aber immer irgend ein polizeiliches Interesse im Sinne des § 10 II 17 ALR. und des Gesetzes vom 11. März 1850 mitspielen. Sollte ein solches Interesse ausnahmsweise einmal nicht vorhanden sein, so würde die betreffende Anordnung schon mangels einer gesetzlichen Grundlage ungültig sein.

In einem anderen Falle hat das preußische Oberverwaltungsgericht die Errichtung einer städtischen Straßenreinigungsanstalt mit polizeilichem Anschlußzwang in einem Berliner Vorort an sich für zulässig erklärt, falls durchschlagende polizeiliche Gesichtspunkte, insbesondere überwiegende Interessen des Verkehrs und der Gesundheitspflege dies rechtfertigten. Voraussetzung sei aber, daß für die Benutzung Inhalt und Umfang der Pflicht der Anlieger genau geregelt sei[27]).

Diese Ausführungen liegen im Sinne unserer bisherigen Darlegungen. Die Gemeinde als solche und der einzelne Bürger haben ein erhebliches Interesse an einer gleichmäßigen ortsstatutarischen Regelung der Straßenreinigung. Auch werden meist überwiegende gesundheitspolizeiliche Interessen eine polizeiliche Regelung des Anschlusses rechtfertigen. In solchem Falle muß dann jedoch der einzelne Bürger genau wissen, was er nun eigentlich für Pflichten auf sich nehmen muß. Dies folgt schon aus dem Grundsatz der Bestimmtheit jeder polizeilichen Anordnung[28]).

Eine für die Kommunalverbände besonders wichtige Frage ist die Regelung der Beseitigung von Fäkalien und Müll. Denn durch unsachgemäße und nachlässige Abfuhr dieser Abfallstoffe durch private, vorwiegend auf Erwerb ausgehende Unternehmen können sich schwere gesundheitliche Gefahren für die Einwohner ergeben. Nach den bisherigen Ausführungen dürften gegen eine Uebernahme dieser Aufgaben durch die Stadtgemeinde gemäß § 11 Städte-O. kaum Bedenken bestehen. So haben denn auch die ordentlichen und die Verwaltungsgerichte es überein-

---

26) Gew.Arch. 8 S. 360.

27) OVG. 61 S. 187; 52 S. 302

28) KG. in DJZ. 1910 S. 149.

stimmend für zulässig erklärt, daß eine Stadtgemeinde durch besondere ortsstatutarische Anordnung die Beseitigung der Abfallstoffe zu einer Gemeindeangelegenheit macht. Die Ortspolizei soll dann ihrerseits durch Polizeiverordnung die Bürger verpflichten können, die Abfuhr nur durch die Angestellten der Stadt oder die von ihr sonst damit beauftragten Personen ausführen zu lassen.

Bei der Wichtigkeit ordnungsgemäßer Beseitigung der Abfallstoffe für das öffentliche Gesundheitswesen und bei der mit dem Umfang der Städte wachsenden Schwierigkeit, den ihnen auf diesem Gebiete obliegenden Aufgaben zur Förderung des Wohles ihrer Angehörigen ohne einheitliche Zusammenfassung des Abfuhrbetriebes nachzukommen, kann im allgemeinen die Berechtigung zu solchem Vorgehen nicht bestritten werden. Das Einschreiten der Polizei im gesundheitlichen Interesse rechtfertigt sich aus dem § 6 des Gesetzes vom 11. März 1850[29]).

Dieser festen Rechtsprechung folgend hat das Kammergericht wiederum in einer Entscheidung vom 8. November 1929[30]) für den Verwaltungsbezirk Berlin-Steglitz die Zulässigkeit polizeilichen Zwanges zur Benutzung einer für die Abfuhr von Müll durch Ortsstatut errichteten Gemeindeanstalt bejaht. Im Hinblick auf Artikel 152 RVU. wird betont, daß durch das Ortsstatut dem Grundstückseigentümer nicht etwa die Verpflichtung zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit der Stadt auferlegt worden sei. Denn es handele sich nicht um einen Wirtschaftsverkehr, sondern um eine öffentlichrechtliche Verpflichtung. Wenn dann allerdings die Prüfung, ob nicht private Unternehmen die Müllabfuhr ebenso gut durchführen würden unter Hinweis auf das Verbot der Zweckmäßigkeitsprüfung gemäß § 17 Pol.-Verw.-Gesetz schlechthin abgelehnt wird, kann man dem nicht ohne weiteres folgen. Denn eine Prüfung dieser Frage hätte zum mindesten zur Feststellung der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit — bei gleichem polizeilichen Mittel hat der Verpflichtete die

---

[29]) Vgl. z. B. Gew.Arch. 6 S. 4; S. 5; 1 S. 599; Reger 13 S. 116; 14 S. 113 und 214; 18 S. 3; 29 S. 317; 35 S. 1; Johow 16 C 349; 31 C 48; Pr. Verw.Bl. 21, 433; Oldb. Zeitschr. 36, 302; Fischers Zeitschr. 22, 302.

[30]) Reichsverw.Bl. 51 S. 533.

Wahl — erfolgen müssen. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, handelt es sich um keine Zweckmäßigkeitsprüfung, sondern um Prüfung der Wahrung von Grundsätzen des allgemeinen Polizeiverwaltungsrechts.

Alle Entscheidungen verneinen zutreffend die Anwendungsmöglichkeit des § 10 GO. Eine solche Ortssatzung enthält in der Tat keine Einrichtung einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung oder eines Zwangs- und Bannrechts im Sinne dieser Bestimmung. Es handelt sich gar nicht um die Ausübung eines Gewerbebetriebes nach der Gewerbeordnung. Denn wenn eine Stadt aus öffentlichen Gründen, z. B. im Interesse der Gesundheit ihrer Einwohner, eine Einrichtung getroffen hat, die sie, als in den Rahmen ihrer Gemeindeaufgaben fallend, im Interesse der Gemeindeangehörigen betreibt, so kann von einem Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung nicht gesprochen werden[31]).

Es entsteht hier die Frage, ob die Polizei sich darauf beschränken muß, die einzelnen Bürger unter Strafandrohung zum Anschluß an die städtische Anstalt zu zwingen oder ob sie auch gegen etwa zuwiderhandelnde private Unternehmer vorgehen darf. Grundsätzlich wird man nach den Ausführungen im I. Teil der Arbeit dem privaten Gewerbetreibenden auch hier den Schutz der Gewerbefreiheit zubilligen müssen. Verbietet also die Polizei einem Gewerbeunternehmen den Betrieb unmittelbar und unbedingt, so würde ein solches Verbot unwirksam sein. Man hat versucht, eine vollkommene Untersagung des Gewerbebetriebes auf die Bestimmung des § 37 GO. zu stützen[32]). Allein die Abfuhr von Abfallstoffen ist kein Verkehrsgewerbe im Sinne des § 37 GO. Der Hauptzweck dieser Tätigkeit ist die Beseitigung des Unrates auf irgend eine Art und nicht der öffentliche Verkehr damit auf den Straßen[33]).

So ist eine Polizeiverfügung trotz einer an sich gültigen Ortssatzung der hier fraglichen Art für ungültig erklärt worden, weil sie einem Gewerbetreibenden die Abfuhr von

---

[31]) Vgl. die Entscheidungen S. 40 Anm. 29, insbesondere aber Jur. Woche 43 S. 409; RGZ. 84 S. 97 ff.

[32]) Reger 18 S. 1; Biermann a. O. 86 Anm. 2.

[33]) OVG. 325, 302; Preuß. Verw.Bl. 1900 S. 433; 18 S. 496; Hoffmann GO. § 37 Anm. 1.

Fäkalien mit einer eigenen Maschine schlechthin verbot. Zur Begründung ist ausgeführt worden, die polizeiliche Anordnung enthalte nach ihrem eigenen Wortlaut zweifellos ein unbedingtes Verbot des gewerbsmäßigen Betriebes der Fäkalienabfuhr[34]. Die Polizei wird sich also im allgemeinen darauf beschränken müssen, gegen die dem im gesundheitspolizeilichen Interesse durch Polizeiverordnung geschaffenen Anschlußzwang an das städtische Unternehmen zuwiderhandelnden Einwohner mit Strafen vorzugehen.

Immerhin ist die Meinung vertreten worden, daß in bestimmten Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz im polizeilichen Interesse gemacht werden müßten. Denn den auf diese Weise rechtmäßig durch Ortsstatut und Polizeiverordnung geschaffenen Verhältnissen müsse sich jeder fügen. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit sei eben nur in den Grenzen der sonstigen Rechtsordnung gewährleistet. Die öffentlichen Befugnisse der Gemeinden stellten aber solche Grenzen dar, denen der einzelne weichen müsse. Demgemäß hat das Oberverwaltungsgericht es für zulässig erklärt, einem Unternehmer, der der ortsstatutarischen und polizeilichen Regelung entgegen Grubenreinigungsarbeiten ausführte, unter Berufung auf die öffentliche Ordnung solche Arbeit im Stadtgebiet durch die Polizei zu verbieten. Die Polizei könne zur Verhinderung von Störungen der öffentlichen Ordnung gegen jedermann einschreiten[35].

Diesen Ausführungen kann nur im beschränktem Umfange zugestimmt werden. Ein Einschreiten der Polizei wird zwar immer dann für zulässig zu halten sein, wenn die Voraussetzungen des § 10 II, 17 ALR. vorliegen, sonst aber nicht[36].

Das Kammergericht hat daher auch eine Polizeiverordnung für unzulässig erklärt, die, auf Grund einer gültigen Ortssatzung erlassen, die Zulassung zum Gewerbebetrieb der Abfuhrunternehmer dadurch beschränkte, daß sie eine besondere Erlaubnis erforderte[37]. Die Einführung eines

---

[34]) OVG. 37 S. 301.
[35]) OVG. 37 S. 295.
[36]) Vgl. Landmann 1917, S. 78, 79.
[37]) Gew.-Arch. 6 S. 5.

solchen Erlaubniszwanges kann auch nicht aus § 37 GO. hergeleitet werden. Die Polizei darf zwar den Verkehr auf öffentlichen Straßen regeln, nicht aber für bestimmte Gewerbebetriebe den Betrieb als solchen beschränken[38]).

Wollte eine Stadt, ohne die betreffende Tätigkeit zu einer Gemeindeangelegenheit zu erklären, durch Ortsstatut den Einwohnern die Benutzung nur etwa der Größe des Betriebes nach bestimmter Unternehmen gebieten, so verstieße dieses ebenfalls gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit. Das Oberlandesgericht Rostock hat daher auch eine solche Ortssatzung der Stadtgemeinde Rostock für ungültig erklärt. Durch dieses Gebot werde das Abfuhrgewerbe für eine besonders geartete Unternehmergruppe tatsächlich monopolisiert und alle, deren Gewerbebetrieb eine bestimmte Größe nicht erreiche, würden geradezu von dem Gewerbe ausgeschlossen[39]).

Rein äußerlich betrachtet besteht zwischen diesem Fall und den anderen Tatbeständen kein Unterschied. Jedesmal kommt ein tatsächliches Monopol zur Entstehung. Die Rostocker Ortssatzung greift aber mit ihrer Regelung in einen noch der Gewerbeordnung unterstehenden Betrieb unmittelbar zu Gunsten bestimmter Privatpersonen ein. In den anderen bisher besprochenen Fällen dagegen ist die private gewerbliche Tätigkeit durch Ortssatzung zu einer Gemeindeangelegenheit erklärt, rechtlich also das ganze Gebiet der Gewerbeordnung entzogen worden.

Es bleiben zuletzt noch die mit dem Bestattungswesen zusammenhängenden Fragen zu untersuchen. Wenn auch das Leichenbestattungsgewerbe an sich den vollen Schutz der Gewerbeordnung genießt, so kann doch die Beförderung von Leichen nach den Friedhöfen gemäß den bisher erörterten Grundsätzen durch Ortssatzung zu einer Gemeindeangelegenheit gemacht werden. Dies nimmt wenigstens die Rechtssprechung übereinstimmend an, da eine ordnungsmäßige Beförderung der Leichen im straßen- und gesundheitspolizeilichen Interesse aller Einwohner geboten scheine. Auch die Polizei hält man für befugt, auf Grund der §§ 5, 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 und der §§ 143, 144 des Gesetzes über die Allgemeine

---

[38]) Johow 17 S. 337.
[39]) Mecklbg. Zeitschr. 24, S. 91.

Landesverwaltung im Wege einer Polizeiverordnung die ausschließliche Benutzung städtischer Leichenwagen vorzuschreiben. Die Polizei handelt damit in Ausübung öffentlichrechtlicher Befugnisse, nämlich für Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen zu sorgen. Durch Nachlässigkeit der Unternehmer könnten leicht Menschenansammlungen entstehen. Die Anwendung des § 6 Ziff. b und f des Polizeiverwaltungsgesetzes erfordere nicht das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr im Sinne des § 10 II 17 ALR.[40])

Man wird diese recht gekünstelte Begründung ablehnen müssen. Gerade die Leichenbeförderung ist zwar gegenüber allen anderen Gewerben dadurch hervorgehoben, daß die Allgemeinheit an ihrer ordnungsgemäßen Durchführung mit Bezug auf die öffentliche Gesundheitspflege und aus Gründen der Pietät ganz besonders interessiert ist. Jedoch die Gefahr der Ansammlung von Menschen besteht schließlich bei jedem nachlässig betriebenen Verkehrsgewerbe. Daß nun aber etwa ein Erfahrungssatz dafür spräche, gerade in dem Leichenbeförderungsgewerbe seien besonders unzuverlässige Personen tätig, wird man doch ernstlich nicht behaupten können. Diesen Bedenken verschließen sich offenbar auch die Gerichte nicht ganz. In den angeführten Entscheidungen wird ausdrücklich betont, solche Anordnungen seien allerdings nur rechtswirksam, falls sie „erkennbar“ die Aufrechterhaltung der Ordnung usw. auf den öffentlichen Straßen bezweckten. Welche Anforderungen an diese „Erkennbarkeit“ gestellt wird, ist nicht näher dargelegt[41]). Wenn nun aber die Leichenüberführung von der Stadt übernommen wird und zugleich eine solche Polizeiverordnung ergeht, sollte man annehmen müssen, die Polizei bezwecke gerade „erkennbar“, der Stadt bei der Schaffung eines tatsächlichen Gewerbemonopols behilflich zu sein. Im übrigen sei noch darauf hingewiesen, daß die Polizei ihren Zweck schließlich auch durch weniger einschneidende Maßnahmen, z. B. durch Einführung einer besonderen Aufsicht und ähnliches erreichen könnte[42]).

---

[40]) Reger 41 S. 3 ff.; 32 S. 194; Gew.-Arch. 12 S. 562; 10 S. 193; Recht 1914 S. 431; Johow 41 C 397/98.

[41]) Reger 32 S. 194; Johow 41 C 397.

[42]) W. Jellinek, Gesetz S. 295.

Manche wollen sogar die Leichenbeförderung schlechthin unter die Verkehrsgewerbe des § 37 GO. begreifen. Sie halten es für zulässig, dem einzelnen Unternehmer auf Grund dieser Bestimmung Beschränkungen auferlegen[43]). Man kann die Beförderung von Leichen jedoch kaum unter diese Bestimmung bringen. Denn die Fortschaffung der Leichen ist nur Mittel zum Zweck eines ordnungsgemäßen Begräbnisses und bezweckt nicht einen Verkehr in den Straßen.

Niemals kann jedoch ein unmittelbarer Anschlußzwang gegenüber den Ortseingesessenen durch eine Ortssatzung allein eingeführt werden. Die Städteordnung kennt weder in dem § 11 noch sonst ein solches Zwangsrecht der Gemeinden. Eine derartige Festsetzung würde daher die Grenzen der städtischen Selbstverwaltung überschreiten.

b) Berufung auf privatrechtliches Eigentum.

Wir haben gesagt, ein tatsächliches Monopol könne ferner entstehen, wenn der Eigentümer eines Grundstücks anderen bestimmte Handlungen auf demselben verbiete und ihnen so jede darunter fallende Tätigkeit auf seinem Grund und Boden unmöglich mache. Diese Befugnis des privaten Grundeigentümers ergibt sich aus der allwirkenden Kraft des Eigentumsrechts gemäß den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs. Von einem Eingriff in die Gewerbefreiheit des Einzelnen kann hier nicht gesprochen werden. Es bleibt zu prüfen, ob diese Regel auch für die Gemeinden als Grundeigentümer gilt.

Soweit die Gemeinde gewissermaßen als Privatmann auftritt, sei es, daß sie z. B. Bauland zur Anlegung von Siedlungen gekauft hat, Mietshäuser, städtische Tennis- und Sportplätze oder ähnliches besitzt, ist sie unbedenklich den privaten Grundstückseigentümern gleichzustellen. So hat auch die Stadt Berlin auf den städtischen Sportplätzen Erfrischungshallen eingerichtet, die sie wie ein privater Eigentümer an einzelne bestimmte Gewerbetreibende zwecks ausschließlicher Nutzung verpachtet.

Ist ein solches Verfahren nun auch bei Grundstücken zulässig, die als öffentliche Sachen im engeren Sinne an-

[43]) Brie, Zeitschr. f. Kirchenrecht 20, S. 291.

zusehen sind? Nach herrschender Lehre macht es gerade die Eigenart der öffentlichen Sachen i. e. S. aus, daß sie teils dem öffentlichen Recht, teils dem Privatrecht unterstehen. Dem öffentlichen Recht werden sie durch den Akt der Widmung unterstellt. Eine Sache wird nur durch einen bestimmten öffentlichrechtlichen Vorgang, die sogenannte Widmung oder Indienststellung durch das zuständige Staatsorgan, zu einer öffentlichen, und kann nur auf gleiche Weise ihrer öffentlichen Zweckbestimmung wieder entzogen werden. Ist eine Sache einmal einem bestimmten öffentlichen Zweck gewidmet worden, so hört insoweit die Herrschaft des Privatrechts an ihr auf. Die Widmung stellt also eine öffentlich-rechtliche Beschränkung des Privateigentums dar[44]).

Von den öffentlichen Sachen kommen hier insbesondere die Sachen im Gemeingebrauch, wie z. B. Wege, Straßen und Plätze in Frage. Ihnen ist durch die Sätze des öffentlichen Rechts mit ihrer ordnungsgemäßen Indienststellung die Zweckbestimmung aufgeprägt, dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Damit hat jeder einzelne Bürger ein Anrecht auf Benutzung der öffentlichen Sache dem Umfang der Widmung nach gewonnen. Dem Anwendungsgebiet des § 1 GO. ist ein neues Betätigungsfeld eröffnet. Keinem Verkehrsunternehmer kann z. B. das Fahren auf öffentlichen Straßen und Plätzen verboten werden. Der Polizei bleibt es allerdings unbenommen, gemäß den Vorschriften des Polizeirechts im öffentlichen Interesse verkehrsregelnd einzugreifen.

Soweit eine über die Indienststellung hinausgehende Benutzung der öffentlichen Sache beabsichtigt wird, z. B. durch Aufstellen von Marktbuden auf öffentlichen Straßen, spricht man von einem „gesteigerten Gemeingebrauch". Eine solche erhöhte Ausnutzung einer öffentlichen Sache unterliegt nicht mehr der durch den Vorgang der Indienststellung umgrenzten Zweckbestimmung. Eine Sondernutzung dieser Art bedarf daher besonderer polizeilicher Bewilligung[45]). Soweit also eine Straße durch die Widmung dem öffentlichen Verkehr übergeben worden ist, kann sich

---

[44]) Vgl. hierzu Fleiner, Inst. S. 353 ff., 367 ff.; Eder a. O. S. 36; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 491, O. Mayer II S. 143.

[45]) Fleiner, Inst. S. 378 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 492, b.

die Gemeinde nicht mehr auf ihr Privateigentum zwecks Begründung eines Verkehrsmonopols berufen. Sie hat mit der Indienststellung insoweit auf die Ausübung des Eigentumsrechts zu Gunsten der einzelnen Bürger verzichtet.

Dieser Verzicht geht aber nur soweit, wie dem Widmungsakt ausdrücklich oder stillschweigend zu entnehmen ist[46]). Das Recht über die Oberfläche der Straße als solche und den Untergrund privatrechtlich zu verfügen, wird durch die Indienststellung zum Zwecke des Verkehrs nicht berührt. Die Zweckbestimmung der öffentlichen Straße räumt dem Einzelnen nur die Benutzung der Straßenfläche für den Verkehr ein. Will also ein privates Unternehmen eine Straßen- oder Untergrundbahn bauen, so bedarf es in jedem einzelnen Fall neben der Bewilligung für Errichtung und Betrieb eines Eisenbahnunternehmens der Bewilligung für die Sondernutzung der öffentlichen Straße und schließlich der Zustimmung des privaten Eigentümers der Straße[47]), die aber nach dem Kleinbahngesetz ersetzt werden kann. Denn durch das Einlegen der Schienen in den Straßenkörper und das Ausgraben des Weges für die Untergrundbahn wird das durch die Indienststellung als öffentliche Straße nicht berührte freie Eigentum beeinträchtigt. Die gleichen Grundsätze gelten für Anlegung von Wasser-, Gas- und elektrischen Leitungen in den Straßenkörper. Den Gemeinden ist es unbenommen, kraft ihres Eigentumsrechts durch Versagung der Erlaubnis hierzu ein tatsächliches Gewerbemonopol zu ihren Gunsten oder zu Gunsten eines privaten Unternehmers zu begründen. Nur als eine tatsächliche rechtlich nicht zu beanstandende Folgeerscheinung eines zulässigen privatrechtlichen Vertrages mit dem betreffenden Unternehmer über die Benutzung tritt eine tatsächliche Monopolstellung des von der Stadt bevorzugten Gewerbetreibenden ein[48]).

Schließlich ist noch zu prüfen, ob die Gemeinde unter Berufung auf ihr Privateigentum an Grundstücken, die zum Verwaltungsvermögen gehören, tatsächliche Gewerbe-

---

[46]) Theobald a. O. S. 56 ff.

[47]) Fleiner, Inst. S. 382 f.

[48]) Recht 1914 Nr. 1735.

monopole einführen kann. Von besonderem Interesse sind hier die öffentlichen Friedhöfe.

In den kleinen Vororten Berlins war es vor der Eingemeindung in den Bezirk Groß-Berlin allgemein üblich, daß private ortsansässige Leichenträger auf den öffentlichen Friedhöfen die Beförderung und Beerdigung der Leichen besorgten. Nach der Eingemeindung bestand dieser Brauch noch eine Zeit lang fort. Im Frühjahr 1928 verbot die Stadt Berlin den privaten Leichenträgern, diese Handlungen weiter auf den Friedhöfen vorzunehmen. Die Beförderung und Beerdigung der Leichen auf städtischen Friedhöfen soll nunmehr ausschließlich städtischen Angestellten gestattet sein. Zur Rechtfertigung ihres Verbots berief sich die Stadt auf ihr Eigentumsrecht an den städtischen Friedhöfen.

In der Tat haben sich die Gerichte meist auf den Standpunkt gestellt, ein solches Verbot lasse sich unter Berufung auf das Privateigentum rechtfertigen. Der Friedhof sei durch seine Indienststellung zwar im gewissen Umfange der Verfügungsmacht des Privateigentümers entzogen worden. Zweck des Friedhofs sei es aber nur, der Gemeinde als Begräbnisstätte zu dienen. Die Mitglieder müßten also alle Handlungen darauf vornehmen dürfen, die bei einem Begräbnis erforderlich seien. Dazu sei aber nicht nötig, daß jedem Gewerbetreibenden frei stehe, die bei der Leichenbestattung nötigen Dienste leisten zu können. Durch eine solche Untersagung werde weder der Gewerbetreibende für seine Person noch das Publikum an der ordnungsgemäßen Benutzung des Friedhofs als solchen gehindert[49]).

Diesen Ausführungen wird man kaum zustimmen können. Allerdings stehen die von den Gemeinden angelegten Friedhöfe in deren Eigentum. Den Gemeinden muß auch das Recht zugesprochen werden, frei darüber verfügen zu können, soweit nicht die Widmung dem entgegen steht[50]). Jedoch auch die Möglichkeit, auf dem Friedhof Bestattungshandlungen beliebig vorzunehmen, muß als Ausfluß der öffentlichen Zweckbestimmung angesehen werden. Einer ordnungsgemäßen Bestattung widerspricht nicht die Befugnis der Angehörigen, die dabei beteiligten Personen frei

---

[49]) Vgl. RG. 42 S. 51 f.; 100 S. 213 ff.; Reger 19, 149; 23, 190; Fischers Zeitschrift 40 S. 274; Kinne, Pr. Verw.Bl. 32 S. 661 ff.

[50]) Fleiner, Inst. S. 354, 2.

auswählen zu können[51]). Durch die Untersagung wird also der Gewerbetreibende und das Publikum an einer der Widmung entsprechenden Benutzung des Friedhofs gehindert. Es kommt hinzu, daß gerade in dem vorerwähnten Fall der Stadt Berlin nicht nur privaten gewerblichen Unternehmern die Ausübung ihres Gewerbes verbot, sondern die Inanspruchnahme städtischer Leichenträger schlechthin verlangt worden ist.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob die Gemeinde in Ausübung öffentlicher Gewalt nicht bestimmten Auswüchsen gewerblicher Betätigung auf dem Friedhof entgegentreten darf. Dies wird man unbedenklich bejahen müssen. Der Gemeinde liegt es ob, für die Gewährung der Möglichkeit eines würdigen Begräbnisses und für ein anständiges Aussehen des Friedhofs zu sorgen. Stellen sich in einem bestimmten Fall Mißstände heraus, so bleibt es der Gemeinde unbenommen, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegen die betreffenden Gewerbetreibenden einzuschreiten. Dieses Vorgehen wird dann allerdings weniger auf das Privateigentum als vielmehr auf die Anstaltsgewalt zurückzuführen sein.[52])

Soweit die Anstaltsgewalt nicht ausreicht, kann auch ortspolizeiliche Hilfe in Anspruch genommen werden. Es müssen dann aber in jedem einzelnen Fall polizeiliche Gründe ein Einschreiten rechtfertigen. Wenn das Kammergericht[53]) eine Polizeivorschrift auf Grund des § 10 II 17 ALR. und des § 6 des Gesetzes vom 11. März 1850, die Instandsetzung, Unterhaltung und Pflege von Grabstellen dürfe nur durch Angehörige oder Friedhofsgärtner erfolgen, für rechtswirksam erklärt hat, kann man dem nicht beitreten. Eine solche Anordnung bezweckt erkennbar nur den Ausschluß privater Gewerbetreibender zu Gunsten der Gemeindeangestellten. Das Kammergericht hat dann auch seine entgegengesetzte Meinung wieder aufgegeben und in einem anderen Falle eine ähnliche polizeiliche Anordnung für unwirksam erklärt[54]).

---

[51]) Fleiner, Einzelrecht S. 37 Anm. 3; Brie, Zeitschr. f. Kirchenrecht 20 S. 291.

[52]) Vgl. Korman bei Stengel-Fleischmann, Art. öff. Anst. § 3, c.

[53]) DJZ. 1910 S. 486.

[54]) Johow 40 S. 457.

C. Schluß.

Es ergibt sich somit, daß im Deutschen Reich Gemeindemonopole tatsächlicher und rechtlicher Art in recht weitem Maße zulässig sind. Insbesondere gestattet der § 11 der Städteordnung den Gemeinden die Ausdehnung ihrer Tätigkeit gerade soweit, wie ihre Mittel reichen. Die Untersuchungen haben gezeigt, daß die Gemeinden bis in die neueste Zeit hinein immer weitere Aufgaben an sich gezogen haben. In diesem Bestreben werden sie durch die Entscheidungen der ordentlichen und der Verwaltungsgerichte in einer Weise unterstützt, die zuweilen die genügende Berücksichtigung wesentlicher Grundsätze des Verwaltungsrechts, insbesondere des Gewerberechts, zu Gunsten der Ausdehnung der gemeindlichen Zuständigkeit vermissen läßt.

Die Erfahrung hat jedoch gelehrt, daß jede Gemeinde nur ein bestimmtes Maß von Tätigkeiten an sich ziehen kann, will sie allen Aufgaben gerecht werden und nicht der Gefahr der Zersplitterung und Ueberorganisation anheim fallen[1]). Ein warnendes Beispiel hierfür sollte den Gemeinden und Gerichten die Entwicklung der Stadtgemeinde Groß-Berlin bieten. Die Bewegung „Los von Berlin" wird insbesondere von der großen Zahl privater Gewerbetreibender getragen. Diese befürchten, vielleicht nicht zu Unrecht, von der immer wachsenden Zahl der von der Stadt übernommenen Aufgaben und der damit verbundenen Vermehrung des Beamtenstabes eine unerträgliche Steigerung der auf den Bürgern ruhenden Gemeindelasten, während auf der anderen Seite immer weitere Gebiete privater gewerblicher Tätigkeit entzogen werden.

---

[1]) Preußischer Städtetag 1929 S. 20 f.; 39, 47.

Als Endergebnis muß daher die Forderung aufgestellt werden, daß die Gemeinden einerseits selbst die Grenzen ihrer Betätigung auf privatwirtschaftlichem Gebiet beachten lernen, andererseits aber auch die Gerichte durch strengere Anwendung der die gewerbliche Tätigkeit der Gemeinden einengenden Bestimmungen in Zukunft einem dem Gemeinwohl schädlichen Uebermaß gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit entgegentreten.

Lebenslauf.

Am 9. Dezember 1902 wurde ich in Charlottenburg als Sohn des Rektors Gustav Dreyer und seiner Ehefrau Bertha geborene Schnuchel geboren. In Berlin-Hermsdorf trat ich zunächst in die dortige höhere Knabenschule ein und ging dann auf das Reform-Realgymnasium in Berlin-Niederschönhausen über. Ostern 1921 ging ich auf das Realgymnasium zu Berlin-Pankow über und bestand dort die Reifeprüfung am 16. September 1922. Ich studierte Rechtswissenschaft an der Universität Berlin (W.S. 1922/23 bis S.S. 1924) und an der Universität Marburg (W.S. 1924/25 bis W.S. 1925/26). Am 7. und 14. August 1926 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Kassel mit dem Ergebnis vollbefriedigend und gut ab und trat in den Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst in Preußen ein. Am 28. April 1930 bestand ich die große Staatsprüfung in Berlin und wurde zum Gerichtsassessor ernannt. Am 30. Oktober 1930 legte ich an der Universität Marburg die mündliche Doktorprüfung cum laude ab.